Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2016-3

www.ficp.es

(diciembre 2016)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona
Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

Se publicarán los originales ***tanto en español como en portugués e italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 7

1. Opinión, reflexión y debate 7

Prof. Dr. Joan Josep Queralt 7
Del Rey y las injurias

2. Estudios 9

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez 9
Un nuevo despropósito jurídico en el caso Prestige: ahora el Tribunal Supremo (Comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de enero de 2016)

Prof. Dra. María A. Trapero 64
El artefacto explosivo casero, un medio peligroso "pluritípico": de la tenencia de aparatos explosivos a medio comisivo de los delitos de lesiones, daños, atentado… y otros delitos del Código Penal

Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes 142
La problemática concursal

Prof. Daniel Eugenio Esquivel 172
El sistema penal argentino

Rocío Gutiérrez Gallardo 219
Tratamiento penitenciario del Programa Marco de Prevención de Suicidios

Comunicaciones presentadas en el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 225

Alfonso Allué Fuentes 225
El nuevo régimen de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su reforma por la Ley Orgánica 13/2015: principios rectores y presupuestos. Referencias a la solicitud de intervención y a la resolución judicial habilitante

Rosario Barrado Castillo 246
Auto de cuantía máxima en la imprudencia punible tras la última reforma del Código Penal

M.ª Luisa Bayarri Martí 252
Responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por los abogados en el ejercicio de su profesión

Ana Isabel Betrán Pardo 267
Visión crítica de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad

Antonio Bueso Alberdi 296
Delito de violencia de género: el elemento subjetivo

Remedios Campoy Gómez 304
La seguridad exterior de los establecimientos penitenciarios en la legislación penitenciaria contemporánea: antesala de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 312
La delincuencia adolescente. El castigo penal de los menores

Prof. Marta Escudero Muñoz 319
La prisión permanente revisable en los delitos de terrorismo. Análisis jurídico actual

Mónica Fernández Salgado 341

Comentario a la Sentencia de 28 de abril de 2016, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El error de tipo y la comisión por omisión en la muerte de un recién nacido
Amalia Fustero Bernad 361
Las agresiones a perros policía y su calificación penal
Victoria Gallego Martínez 367
Responsabilidad civil derivada del delito - prescripción
Cristina Giralt Padilla 387
El delito de usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 Código Penal. Incidencia de la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo
Rocío Gutiérrez Gallardo 417
El abandono animal. De la falta al tipo atenuado
M.ª Francisca Caridad Juárez Vasallo 423
La responsabilidad civil por hechos ajenos derivada del delito. Especial referencia a la responsabilidad de padres y tutores
M.ª del Carmen de León Jiménez 432
La sustitución por expulsión del territorio nacional de las penas privativas de libertad
Antonio López Cambronero 442
El pago de intereses en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito
M.ª de la Luz Lozano Gago 450
La efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisdicción penal
Francisco José Malfeito Natividad 459
La prejudicialidad penal en el ámbito laboral
Eva María Motos Buendía 471
El delito de blanqueo de capitales
Cristina Pascual Zaporta 482
Planes de prevención de delitos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la nueva perspectiva del Tribunal Supremo a raíz de la Sentencia de 29 de febrero de 2016
Silvia María Rosales Pedrero 497
La acumulación de condenas
Sacramento Ruiz Bosch 514
Los actos neutrales
Joana Ruiz Sierra 522
Derecho a la última palabra en el juicio oral penal
Daniel Sánchez Romero 538
Repercusiones penales y penitenciarias de la reforma del Código Penal sobre la prisión permanente revisable
Inmaculada Serrano Pérez 557
El análisis jurídico de la mediación penal familiar
Julia Serrano Trigueros 573
Tipificación de los matrimonios forzados
Juan Carlos Velasco Perdigones 594
Notas jurisprudenciales de la responsabilidad civil subsidiaria del industrial/comerciante derivada del delito. Responsabilidad civil del asegurador
Silvia Vivó Cabo 604
Mediación en el proceso penal. La labor del mediador
3. Prólogos y recensiones 621

Prólogo de la obra KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016 621
Prof. Dr. h. c. Alfredo Etcheberry Orthusteguy

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 625

1. Unión Europea 625

Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre

2. Colombia 636

Informe de ponencia segundo debate Proyecto de Ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado.

III. NOTICIAS DE LA FICP 637

1. Congresos, seminarios y cursos 637

2. *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario (15 de mayo de 2016) 638

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 639

1. Distinciones, galardones; grados académicos 639

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP 648

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 655

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Prof. Dr. Joan Josep Queralt
Catedrático de Derecho Penal, Univ. Barcelona. Socio de la FICP

∽Del Rey y las injurias[1]~

Antes, quemar fotos del Rey, y ahora romperlas o recortarlas, se considera delito por la judicatura española. Incluso por el otrora amparador de las libertades Tribunal Constitucional, quien, sin base alguna, lo tuvo por delito de odio. Romperlas o dañarlas es, por ahora, objeto de investigación penal. Curiosamente, en este caso los medios más recios han preferido el término imputado al de investigado, que reservan a los casos de los corruptos afectos.

¿Realmente estamos ante un delito de injurias al Rey? Para el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, no. En efecto, cuando Arnaldo Otegi calificó al rey padre de «jefe de los torturadores», le amparó. No es difícil prever que quienes quemaron reproducciones regias corran la misma suerte: al final, tras varios años de calvario judicial, podrían verse reivindicados. Si antes no se ha aprendido la lección, igual sucedería con los casos de los recién imputados.

¿Por qué, cabe preguntarse, si existen preceptos penales que castigan las injurias al Rey, no se pueden castigar? En esencia, por dos razones: porque en una democracia, para la formación de una opinión pública libre, como reza la Convención Europea de Derechos Humanos, es necesaria la libertad de expresión. Sin ella no hay opinión pública democrática; solo propaganda tendencialmente totalitaria.

La segunda razón cuestiona si en puros términos jurídico-penales el Rey puede ser injuriado. El Rey, de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución, es el símbolo de la unidad del Estado (no de España), es podermoderador y arbitral, pero, como es

[1] Artículo publicado en El Periódico con fecha de 16 de diciembre de 2016.

inviolable e irresponsable, todos sus actos deben ir refrendados. Es decir, el Rey, desde el plano constitucional, no es ciudadano normal: es un símbolo que, cuando actúa, no lo hace por sí mismo sino con el respaldo y la autorización expresa del Gobierno, que sí responde, en su lugar, a un mandato democrático y de los actos regios.

En estas condiciones, la crítica acerba, incluso grosera, al Rey es un acto de crítica al sistema político que representa y encarna, pero no contra su persona, que ningún poder autónomo tiene y, por tanto, no es más que el pararrayos del sistema. La monarquía, ni como sistema en general ni como régimen político concreto, puede ahorrarse la censura, radicalmente y sin reservas, dado que el Rey, a fin de cuentas, es un símbolo irresponsable. Castigar esas críticas, sean del gusto que sean, es equiparar al Rey, como se hacía en el Derecho histórico –incluso liberal– español, a una persona sagrada. Exactamente lo mismo que en la monarquía alauí, régimen polí- tico que nadie tomaría como modelo de sistema democrático por más libaciones que hubiera efectuado.

Cabría decir que el Rey puede ser injuriado como persona privada. Admitámoslo teóricamente. Sin embargo, entonces dejaría de ser la magistratura constitucional que encarna para pasar a ser un ciudadano común y corriente, sometido, como el resto, a todas las obligaciones. Pero eso, constitucionalmente, es imposible. En el fondo, falta mucha correa y sobra mucho Gürtel.

* * * * * *

2. Estudios

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de A Coruña, España. Socio de la FICP.

~Un nuevo despropósito jurídico en el caso Prestige: ahora el Tribunal Supremo (Comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de enero de 2016)*~

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia dictada por nuestro TS en el caso *Prestige* (STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016)[1], la cual representa un (in-) digno colofón al cúmulo de despropósitos jurídico-penales del ya tristemente célebre caso *Prestige*, unos despropósitos que se iniciaron con una instrucción lamentable, de la mano de una fiscalía que trabajó afanosamente en todo momento como defensora de la actuación de las autoridades españolas del Ministerio de Fomento, y que habían culminado con una disparatada sentencia de la Audiencia de A Coruña[2].

La Sentencia del TS que aquí voy a comentar resolvió el recurso de casación 1167/2014, interpuesto por diversas partes personadas en el procedimiento, contra la Sentencia de la Audiencia provincial de A Coruña[3], en la cual se había absuelto al ex-Director general de la Marina Mercante, José Luis López-Sors, de todos los delitos que se le imputaban. También se había absuelto al capitán y al jefe de máquinas del buque

---

* Agradezco a José Mª Ruiz Soroa y a Mª José Rodríguez Docampo, letrados defensores del capitán Mangouras, la disponibilidad que siempre encontré en ellos para enviarme toda la documentación sobre el caso *Prestige* que yo necesitaba para elaborar mis trabajos y columnas periodísticas: en particular, con respecto al presente trabajo, el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, presentado ante el TS, y el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, interpuesto ante el TC.

[1] La Sala estaba integrada por los magistrados Manuel Marchena Gómez (presidente), Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**,** Francisco Monterde Ferrer**,** Andrés Palomo Del Arco y Ana María Ferrer García (ponente).

[2] Vid. mi comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), en Revista Penal (R.P.), nº 34, 2014, pp. 224 ss. (en lo sucesivo se cita por esta publicación), donde pueden hallarse referencias de mis trabajos anteriores y de columnas de prensa sobre las diversas resoluciones judiciales dictadas en el caso Prestige, así como sobre las más variopintas vicisitudes habidas durante la fase de instrucción.

El trabajo se publicó además en Revista Foro FICP, nº 2013-3, pp. 43/75 (http://www.ficp.es/wp-content/uploads/Foro-FICP-2013-3.pdf) y en el libro colectivo F.J. Sanz Larruga/M. García Pérez (Dir.), Nuevos escenarios de la seguridad marítima en Europa. Reflexiones tras los casos del Erika y el *Prestige***,** 2014 pp. 123/166**.**

[3] SAP A Coruña, sección 1ª, de 13-11-2013, procedimiento abreviado 0000038/2011, dictada por los magistrados Juan Luis Pía Iglesias (ponente), Salvador Sanz Crego y María Dolores Fernández Galiño.

Prestige de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, porque –en opinión de la Audiencia y resumido ahora del modo más sintético posible- no se acreditó que estos imputados conocieran el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento y se consideró que las maniobras realizadas después del accidente inicial, en especial las empleadas para corregir la escora y adrizar el buque, fueron correctas. Únicamente se condenó al capitán por un delito de desobediencia, el cual no comportaba la exigencia de responsabilidad civil derivada de delito.

Al resolver el mencionado recurso de casación, el TS corrigió el pronunciamiento de la Audiencia, revocando su fallo, para condenar al capitán del *Prestige* por un delito imprudente contra el medio ambiente (art. 325 CP en relación con el art. 331) en la modalidad agravada de deterioro catastrófico (art. 326-e CP), según la redacción vigente en el momento de realización de los hechos, ya que ninguna de las modificaciones introducidas en los citados preceptos por ulteriores reformas comportaron un marco punitivo que resultase más beneficioso para el acusado. En concreto, se condenó al capitán Mangouras a la pena de dos años de prisión y multa, y se declaró su responsabilidad civil, como responsable directo junto a la aseguradora del barco, así como igualmente la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del buque y del FIDAC.

En cambio, el TS absolvió al capitán del delito de desobediencia grave a la autoridad por el que había sido condenado y ratificó su absolución con respecto al delito de daños a espacios naturales protegidos y al delito de daños patrimoniales, de los que también había sido acusado.

Por otra parte, en lo que atañe al ex-Director general de la Marina Mercante, el TS ratificó la absolución de todos los delitos que se le imputaban.

Finalmente la representación procesal de Mangouras promovió un incidente de nulidad de actuaciones (de acuerdo al art. 241 de la LOPJ) contra la STS 865/2014, de 14 de enero de 2016, un incidente que fue desestimado por el TS en un Auto de 11-4-2016, firmado por los mismos magistrados que componían la Sala en la referida sentencia.

En el momento de redactar estas páginas se halla pendiente de resolución por parte del TC un recurso de amparo interpuesto por la defensa del capitán Mangouras el

día 20 de mayo de 2016.

A continuación, en los epígrafes II y III, analizaré la STS de 14 de enero de 2016, examinando por separado las conductas de los sujetos intervinientes en el caso *Prestige*: en primer lugar la condena del capitán Mangouras; en segundo lugar el mantenimiento de la absolución del ex-Director general de la Marina Mercante.

II. LA CONDENA AL CAPITÁN MANGOURAS POR EL DELITO ECOLÓGICO AGRAVADO Y ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

1. Hechos probados relativos a la conducta del capitán

En la sentencia de la Audiencia de A Coruña se concluyó que había que absolver al capitán Mangouras del delito de contaminación, sobre la base de una serie de razones que la propia Audiencia condensó en el siguiente pasaje en uno de sus considerandos:

> *"Si no se ha demostrado que los acusados quisieran hundir el buque, ni que conocieran sus deficiencias estructurales, ni sus causas relacionadas con conservación y/o reparaciones, sino que se limitaron a asumir una navegación arriesgada en términos que no pueden ser tachados de imprudentes, ni desde el punto de vista estrictamente profesional, ni desde el punto de vista de la mera lógica, parece evidente concluir que los tripulantes del Prestige acusados en este juicio deben ser absueltos de este primer delito, porque no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo."*

Ahora bien, comoquiera que la peculiaridad de la sentencia del TS reside en que esta asume el relato fáctico de la sentencia de instancia en su totalidad, es menester reproducir aquí literalmente todos esos hechos declarados probados por la Audiencia de A Coruña, en lo concerniente a la conducta del capitán Mangouras[4].

> *"Ha sido probado y así se declara que el 13 de Noviembre de 2002 navegaba cerca del cabo Finisterre, por el corredor marítimo denominado Dispositivo de*

[4] En el relato fáctico que a continuación recojo en el texto se incluía una serie de notas a pie de página, que aclaraban términos náuticos o los nombres de las entidades que se mencionan con siglas o acrónimos. Aquí prescindo de tales notas, puesto que las aclaraciones que se efectúan o bien son bastante obvias o bien pueden encontrarse en un diccionario o bien carecen de relevancia a los efectos del presente comentario jurídico-penal.

Separación de Tráfico (DST), habilitado en las inmediaciones de la costa de Galicia y bajo jurisdicción española según convenio con la OMI, el buque ***PRESTIGE,*** *propiedad de* ***LA NAVIERA GRIEGA UNIVERSE MARITIME LTD,*** *aunque su propietaria, ex datos registrales, fuese la entidad* ***MARE SHIPING, INC. LIBERIA,*** *mientras que figura como armadora del referido buque la ya citada entidad* ***UNIVERSE MARITIME. ATENAS,*** *que tenía cierta relación negocial y/o de gestión en España con la entidad Finisterre Agencia marítima S.A., siendo su entidad aseguradora, solo desde el 30/09/2002,* ***THE LONDON STEAMSHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION (THE LONDON P&I CLUB),*** *representada en España por Pandi Claims Services Spain, desempeñando funciones dudosas en relación con el indicado buque la entidad Crown Resources, probablemente al actuar como intermediaria para comprar las cargas e iniciar su distribución, así como fijar los puertos de destino del buque, constando la existencia de un contrato de gestión de fecha 06/12/2000, entre MARE SHIPPING INC y UNIVERSE MARITIME, donde se reconoce como fletador a la entidad CROWN RESOURCES, que también es fletador según póliza de fletamento formalizada el 24/05/2002.*

Este Buque Prestige era un petrolero que navegaba desde hacía 26 años, tras haber sido construido en Japón, en 1976, en los astilleros "Hitachi Shipbuilding & Engineering Co.", siendo sus características principales: eslora máxima de 243,5 metros, manga 34,4 metros, puntal 18,7 metros, calado medio 14,00 metros, peso muerto de diseño 81.589 toneladas métricas y navegaba bajo Bandera de Bahamas, país en el que estaba matriculado con el número de registro 7372141, disponiendo de certificado de la entidad ***AMERICAN BOUREAU OF SHIPPING*** *(en lo sucesivo* ***ABS)*** *en el que consta que sus condiciones para navegar eran acordes con las normas exigibles a esta clase de petroleros desde su fecha, bien la de 24/05/2001, que figura inicialmente en el certificado, bien la modificada por la firma de E.L. Beche, Inspector de ABS, que consignó la fecha 16/08/2001, hasta que finalizase la validez de dicho certificado en fecha 31/03/2006, constando además la expedición de un Certificado de gestión de la seguridad en fecha 19 de Julio de 2001 y válido hasta 20/06/2006, según el cual se cumplían los requisitos del Código Internacional de Gestión de la Seguridad Operacional del Buque y la prevención de la Contaminación (en lo*

sucesivo Código ISM) y constando también que el buque disponía del sistema obligatorio SOLAS de remolque de emergencia a popa, debidamente instalado y aprobado por ABS desde 26/11/1996, y certificado operativo en la última revisión anual del buque de 25/05/2002.

Aun así, ***Repsol tenía descalificado al Prestige*** *desde el año 1997 por tener más de 20 años de antigüedad, defectos documentales en las revisiones y no tener CAP, considerándolo no recomendable para Málaga y Coruña por ser CBT, es decir, de lastre limpio8 y* ***BP tenía descalificado al Prestige*** *desde el año 2000, dado que fue rechazado por BP SHIPPING Ltd. para el transporte tanto de crudo como de derivados del mismo desde el 4 de abril de 2000 por no cumplir con los estándares de seguridad exigibles por BP.*

El referido buque procedía de San Petersburgo de donde partió el 31/10/2002 con un cargamento de fueloil que fue completado en el puerto de Ventspils, en Letonia, último puerto de carga, (a los folios 13617 y ss. consta la adquisición del Fuel del Prestige; al folio 13813 certificado de origen del Fuel del Prestige), siendo su calado de 14,05 metros, es decir, sobrecaló 0,30 metros, lo que significaría llevar unas 2.150 toneladas más de peso, con una carga a bordo de ***76.972 toneladas métricas de fueloil pesado*** *con una Densidad específica (15/15° C) 0'925-0'965, Viscosidad cinemática (cS, 37, 78° C) 49-862 Punto de inflamación más de 90° C. Los tanques destinados a la carga estaban prácticamente llenos salvo el tanque 1 Centro (C) que lo estaba parcialmente. Mantenía los tanques 2 A y 3, Babor y Estribor, tanques de lastre limpios (CBL), vacíos.*

El fuel cargado por el Prestige en San Petersburgo era de origen ruso y 21.900 toneladas del mismo fueron vendidas por la empresa Morton Enterprises Limited a Crown Resources AG, procediendo gran parte del Fuel de un llamado programa fluvial en varios envíos entregados en barcazas. El resto fue cargado en Klaipeda por varios proveedores, pero el origen del fuel era también ruso.

El buque había sido dedicado a abastecer de combustible/fueloil a barcos en alta mar o en otros lugares para lo cual los navíos a los que suministraba se abarloaban al petrolero.

Su destino inmediato era Gibraltar, donde el capitán debía recibir órdenes e instrucciones mientras que el más probable puerto al que se dirigía era el de Singapur u otro asiático.

Mandaba el Prestige, el ***CAPITÁN APÓSTOLOS IOANNIS MANGOURAS,*** *de 67 años de edad, sometido a medicación por haber sido intervenido de corazón; el Primer oficial era Ireneo Maloto, de 38 años de edad y el Jefe de máquinas era* ***NIKOLAOS ARGYROPOULOS,*** *de 63 años de edad. Todos ellos carecían de antecedentes penales. La tripulación estaba compuesta por 24 marineros de nacionalidad filipina en su práctica totalidad jóvenes e inexpertos.*

Sobre las 14,10 horas UTC del referido día 13 de Noviembre de 2002 la tripulación del buque oyó un fuerte ruido, parecido a una explosión y seguido de una pronta y pronunciada escora, de 25 a treinta grados a estribor, cuando se hallaba a 27,5 millas al Oeste de Finisterre, dentro del corredor marítimo denominado Dispositivo de Separación de Tráfico (DST), parándose las máquinas de forma automática al quedar parte de ellas sin lubricación, lo que suponía un riesgo de destrucción o avería muy grave.

Esa escora se debió a un fallo estructural en el costado de estribor que produjo una abertura de muy importantes dimensiones en el casco por donde se vertió gran parte de la carga al mar y se desplazó toda ella hacia el referido costado lo que puso el buque en riesgo de volcar. La avería se produjo en una zona crítica, en la cuaderna 71, a unos 14,75 metros a proa de la sección media del buque, entre los tanques de lastre 2 AS y 3 S.

El fallo estructural fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes pero inadvertidos por y ocultos para quienes navegaban en el buque, capitaneándolo o desempeñando cualquier otra responsabilidad, deficiencias que contribuyeron a debilitar concretas estructuras del buque, de modo que no resistieron los embates del oleaje y los esfuerzos a que le sometió el alterado mar, porque el día en que se produjo la escora descrita fue de condiciones meteorológicas de las que se denominan adversas, esto es, ese día hubo una depresión centrada en las Islas Británicas, con un centro secundario en las proximidades de Finisterre, que produjo temporal en la zona; las peores condiciones debieron ocurrir entre las 06z y las 12z. y se han descrito como OOOOz: SW - 6, fuerte marejada a mar gruesa. Mar de fondo del NW de 5 m.

0600z: SW - 8 (temporal), mar gruesa. Mar de fondo del NW de 5 m. 1200z: A esta hora había un frente próximo al meridiano 10°W. Al paso del frente el viento debió ser muy fuerte y racheado. Al oeste del meridiano 10°W: NW - 9 a 11 (temporal muy duro). Al este del meridiano 10°W: SW - 8 a 10 (temporal duro). ***EN TODA LA ZONA MAR MUY GRUESA A ARBOLADA.*** *Mar de fondo del W de unos 5 m.*

Para corregir la escora y adrizar el buque, decidió el capitán introducir agua del mar, abriendo manualmente las válvulas para que funcionase una bomba que hizo entrar el agua en los tanques de lastre, lo cual se realizó pese a conocer que la fatiga de los materiales sería extraordinaria y cuando aún estaba la tripulación a bordo, consiguiendo que el buque se adrizase en horas, aunque esa operación de corregir la escora empeoró notablemente la situación estructural del buque".

El relato de los restantes hechos probados puede verse en mi trabajo destinado a analizar la sentencia de la audiencia de A Coruña[5]. Estos hechos van referidos principalmente a la conducta de las autoridades españolas del Ministerio de Fomento, si bien hay algún aspecto que afecta también a la conducta del capitán, como fue la actitud de este ante las órdenes dictadas por dichas autoridades.

Por su interés para el presente comentario, reproduzco aquí únicamente el siguiente pasaje:

"La primera y reiterada decisión de las autoridades españolas fue la de alejar el buque averiado de la costa española y a tal efecto se impartieron órdenes de acuerdo con un parecer general que nadie ha discutido.

Ya desde al menos las 17,17 horas del 13/11/2002 en que se transmite al Prestige desde el CZCS la orden de que el buque sea remolcado para alejarlo de la costa se sucedieron las reticencias y la negativa del capitán a dar remolque, excusándose en que necesitaba órdenes del armador para eso, de modo que hasta unas dos horas y media más tarde no se aceptó dar remolque, lo cual fue muy dificultoso porque el remolque de emergencia en popa no pudo utilizarse y a proa, las condiciones alteradas del mar y la dificultad propia de la maniobra hacía que no se lograse el remolque, rompiéndose en los intentos varias estachas y/o cabos de amarre, siguiendo el Prestige a la deriva, de modo que se solicitó

[5] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, R.P., 2014, cit., pp. 224-226.

que accediesen al buque tripulantes de los remolcadores para auxiliar a las personas que trataban de dar remolque, entre ellos dos personas de edad provecta, el capitán y el jefe de máquinas".

2. La cuestión del cauce casacional elegido por el TS: la errónea aplicación del art. 325-1 en relación con el art. 331, por considerar que la calificación de la conducta como imprudencia grave es una cuestión meramente jurídica

El TS aborda en los Fundamentos de Derecho (en adelante FD) 1 al 15 la cuestión del estrecho cauce casacional elegido (ex art. 849.1º LECrim), que, ante la imposibilidad de modificar los aspectos fácticos, habilita la revisión de sentencias absolutorias en la instancia con el fin de revocar una absolución o agravar un pronunciamiento condenatorio.

Aclara el TS que dicha revisión solo cabe cuando se efectúa desde una perspectiva jurídica, en los casos en que no se modifica, por tanto, la valoración de sus presupuestos de hecho, o también en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena.

Prosigue el TS explicando que en el caso *Prestige* la Audiencia apreció una cierta imprudencia en el comportamiento del acusado, basada solo en algunos de los aspectos ahora tomados en consideración por el TS, y no le reconoció la gravedad que exige el art. 331 CP. Por consiguiente, entiende el TS que fue una valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación, y que lo fue, en concreto, en cuanto a la intensidad de la imprudencia, y en relación a los factores tomados en consideración para conformarla, a partir un escrupuloso respeto a los elementos de hecho.

Sin embargo, frente a lo que expone el TS en su sentencia, entiendo que, tal y como se razonaba extensamente en el incidente de nulidad y en el recurso de amparo, promovidos por la defensa del capitán Mangouras[6], el TS vulneró el derecho fundamental del art. 24.2º CE a un proceso con todas las garantías, lo que incluye el derecho de defensa (ser oído antes de ser condenado) y el derecho a la contradicción e inmediación en la valoración de las pruebas, todo ello en relación con el art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como ha sido interpretado y aplicado por

[6] Lo que se expone a continuación en el presente epígrafe es un resumen del texto contenido en el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, y en el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, firmados por el letrado defensor del capitán Mangouras, José Mª Ruiz Soroa. Ni que decir tiene que comparto plenamente todo cuanto en dichos escritos se contiene.

reiterada doctrina del TEDH. En efecto, al tratarse de una condena en segunda instancia, en contra de una previa sentencia absolutoria, y al haberse reevaluado en esa condena los hechos componentes del elemento subjetivo del delito, el derecho de defensa del acusado exigía el ser escuchado en audiencia personalmente, algo que no hizo el TS. Y, además, el derecho a la contradicción e inmediación prohibían al Tribunal que le condenó valorar directamente las pruebas personales y periciales que se habían practicado en otra instancia distinta de la suya.

Veamos, detenidamente, las razones de dicha vulneración del derecho fundamental.

Según indiqué, el TS rechazó en el presente caso todos los recursos que pretendían efectuar una revisión de los hechos por la vía del art. 849-2º LECr (FD 10 a 14), y por tanto mantuvo expresamente inmodificados los hechos probados de la sentencia absolutoria, y se limitó, de acuerdo con el art. 849-1º LECrim, a examinar si había existido alguna infracción o interpretación incorrecta del Derecho aplicado por ella (FD 15 y siguientes).

Ahora bien, a pesar de haberse autolimitado a una revisión ceñida estrictamente al Derecho aplicable, lo cierto es que el TS, a fin de llegar al fallo condenatorio dictado en contra de la previa absolución, revisó, reevaluó y volvió a ponderar en el caso concreto analizado elementos subjetivos, es decir, revisó y reevaluó la particular conducta del capitán Mangouras para determinar si, de hecho, fue imprudente y, además, si lo fue de manera grave (FD 26 a 34). En efecto, la discrepancia del TS con el Tribunal de instancia no se refiere a una cuestión de mera interpretación jurídica del texto de la norma penal o de los conceptos jurídicos que esta utiliza (tales como el concepto normativo de "imprudencia" o el concepto legal de "imprudencia grave" exigidos por el tipo del delito del art. 331 CP), sino que se refiere precisamente a la valoración y evaluación de la conducta efectiva y particular del acusado Mangouras en el caso sometido a juicio.

Es más, en su reevaluación y análisis el TS se ocupó también de la relación de causalidad existente entre las alegadas imprudencias cometidas por el acusado y el resultado contaminante que se ocasionó por el vertido del buque, relación causal que la Sentencia de instancia declaró que no existía de hecho, mientras que el TS concluyó que sí existió.

Y, por si lo anterior no bastare, en el marco de esta labor de revaloración y reevaluación de los hechos componentes del elemento subjetivo del delito y las relaciones causales, el TS revisó y modificó las inferencias de hecho a que había llegado el Tribunal de instancia, e incluso añadió nuevos hechos y nuevas inferencias de hechos que no aparecían en los hechos probados de la Sentencia de instancia, a pesar de que toda la prueba personal y pericial sobre ellos se practicó ante el Tribunal de instancia (y no ante el TS) en una prolongadísima vista en la que comparecieron decenas de testigos y peritos.

Ciertamente, el TS afirma que la revisión y reevaluación que llevó a cabo fue una cuestión puramente jurídica y que por eso le habría estado permitido realizarla sin escuchar al acusado, a pesar de tratarse de un recurso contra una sentencia de instancia de carácter absolutorio. Sin embargo, la constante jurisprudencia del TEDH, dictada en su mayor parte precisamente en contra de España, tiene bien claramente establecido que la revisión y reevaluación de las circunstancias subjetivas de la conducta del acusado (como pueden ser su intención, su conciencia, su conocimiento o su previsión de determinados hechos) no son cuestiones de interpretación jurídica, sino que poseen una naturaleza acusadamente fáctica, por lo que requieren ineludiblemente escuchar la versión del acusado sobre esas circunstancias[7].

Dicho de forma resumida, de estas resoluciones del TEDH se desprende que, por mucho que formalmente se declare el respeto a los hechos probados de la sentencia de instancia, si el Tribunal de apelación o casación revalora o reinterpreta las pruebas sobre el elemento subjetivo de un delito (a saber, el conocimiento, la conciencia, la intención, la previsión, etc. del acusado)[8], y si, en virtud de esa reevaluación o reinterpretación, llega a conclusiones o inferencias sobre la culpabilidad del acusado diversas de aquellas

[7] Mencionando sólo las dictadas contra España (que, eso sí, son la mayoría) estas Sentencias son:- "Bazo González", 16/12/2.008.- "Igual Coll", 10/03/2.008.- "Marcos Barrios", 21/09/2.010.- "García Hernández, "16/11/2010.- "Almenara Alvarez", 25.10.2.011.- "Lacadena Calero", 22/11/2.011.- "Valbuena Redondo", 13/12/2.011.- "Vilanova Golterris", 27/11/2.012.- "Naranjo Acevedo", 22/10/2.013.- "Serrano Contreras", 20/03/2.012.- "Nieto Macero", 8/10/2.013.- "Román Zurdo", 8/10/2.013.- "Sainz Casla", 12/11/2.013.

A estas decisiones "españolas" del TEDH cabe añadir otras como: "Ekbatani c. Suecia (1.998)", "Constantinescu c. Rumania" (2.000), "Sándor Lajos Kiss c. Hungria (2.005)" y "Hanu c. Rumania (2.013)"

[8] En otras palabras: no se trata de juicios de valor o apreciaciones jurídicas, sino que son "hechos subjetivos", susceptibles del predicado "verdadero" o "falso" y, en todo caso, el tribunal de segunda instancia no puede pronunciarse sobre la existencia de ese elemento subjetivo que el tribunal *a quo* había negado en su existencia o alcance, sin escuchar en el trámite del recurso los argumentos y razones del acusado.

que infirió o dedujo el tribunal de instancia para absolverlo, debe necesariamente oír al acusado en el trámite de recurso.

Y no es solo el TEDH, sino que también en España el TC[9] y el propio TS en otras sentencias[10] se han pronunciado en este sentido, siendo particularmente reveladora la reciente STS 731/2015 de 19 de noviembre de 2015, habida cuenta de que en ella se afirma exactamente lo contrario de lo que se sostiene en el caso *Prestige*, en cuanto a la posibilidad de reevaluar la intensidad de la imprudencia en un recurso de casación contra una previa sentencia absolutoria[11].

Llegados a este punto, procede demostrar entonces de qué modo el TS no se limitó a realizar una revisión de algún aspecto puramente jurídico del delito imprudente contra el medio ambiente de los arts. 325 y 331 CP, sino que realizó una patente reevaluación y reinterpretación de las circunstancias fácticas del elemento subjetivo del delito en los FD 28 a 34 de su Sentencia.

---

[9] Vid. SsTC 126/12 de 18 de Junio y 157/2013 de 23 de Septiembre, de las que se infiere que *el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse de este el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado.*

[10] Vid., por todas, la STS 676/2014 de 15/10/2014: **"*Las intenciones, el conocimiento de una circunstancia o realidad, los elementos internos, las creencias … son hechos*,** *aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso llamamos inferencias: a la deducción de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pertenecen a la* quaestio facti *... **Los elementos internos están dentro de la cuestión fáctica.** El Acuerdo de esta Sala de 19/12/2012 es aplicable también a esta materia de la "intencionalidad" o de la convicción o conocimiento equivocado con el que pueda actuar una persona. Esa creencia es en sí un elemento fáctico. **Su valoración queda fuera de la capacidad de revisión del Tribunal Superior … Sólo oyendo directamente al acusado explicar por qué creía eso, y contrastando la prueba testifical que abona ese alegato, un tribunal está en condiciones según el TEDH de descalificar esas apreciaciones y dictar un pronunciamiento de culpabilidad***".

[11] En efecto, en un caso en que el acusado había sido absuelto por la Audiencia Provincial del delito de falsedad en documento público cometido por imprudencia grave, dice el Tribunal Supremo 731/2015:

"*Cuarto: En el caso actual es claro que nos encontramos ante la necesidad de reevaluar la prueba. En efecto, asiste la razón al Ministerio Público en su afirmación de que el tipo delictivo de la falsedad documental no requiere que se cause un perjuicio efectivo y determinado en el tráfico jurídico, bastando la potencialidad de causarlo, y también en su valoración de que la conducta del Notario acusado al no verificar la concurrencia efectiva del poder fue negligente.*

Ahora bien, la solicitud de revisión en casación de la absolución acordada por la Audiencia requiere una valoración que va más allá de la corrección de un mero error de subsunción, ya que exige en primer lugar una reconsideración de los hechos probados para derivar de ellos la calificación de gravedad de la imprudencia exigida por el tipo, para lo cual el relato fáctico no es suficientemente detallado y explícito" (subrayado nuestro).

Con relación a la *primera vertiente*, es obvio que el TS no llevó a cabo *revisión jurídica* alguna de los elementos del delito de contaminación (arts. 325 y 331 CP), sino que coincidió plenamente con los requisitos exigidos por la sentencia de instancia.

De lo que expuse en páginas anteriores se deduce con claridad que la discrepancia entre la Sentencia del TS y la de la Audiencia consistió únicamente en establecer si la conducta del acusado debía ser calificada, o no, como un caso de "imprudencia grave" y "causante" de un vertido de consecuencias nocivas para el medio ambiente, tal como exigen los arts. 325-1 y 331 CP[12].

Pues bien, a la vista de lo expuesto cabe preguntarse en fin: ¿estamos aquí ante una discrepancia puramente jurídica sobre el concepto y alcance del término "imprudencia grave" del art. 331 CP?

La respuesta ha de ser forzosamente negativa. La sentencia de instancia y la sentencia del TS utilizan los mismos conceptos jurídicos sobre el delito de contaminación cometido por imprudencia y sobre lo que se entiende por "imprudencia grave" en el delito castigado por el art. 331 en relación con el art. 325 CP[13].

Con relación *a la segunda de las vertientes* más arriba enunciadas, también es obvio que la sentencia del TS *reevaluó y reinterpretó* los aspectos fácticos del elemento subjetivo del delito, de tal manera que allí donde la sentencia de instancia entendió que unos hechos permitían absolver al acusado, el TS entendió que servían para condenarlo. Por tanto, tomando prestado el concepto de "subsunción" utilizado por el TS (concepto que el TEDH nunca ha empleado), habría que concluir que las discrepancias entre las dos sentencias (la de instancia absolutoria y la de casación condenatoria) no están en el juicio jurídico de subsunción (el Derecho aplicado), sino en la determinación de aquellos hechos concretos que sirven para el posterior juicio de subsunción.

Y, por cierto, conviene subrayar que es el propio TS el que, sorprendentemente (y contradictoriamente), lo viene a reconocer así en el FD 27 *in fine*, cuando nos indica que la sentencia de instancia "analiza determinados elementos fácticos que descarta como

[12] Recuérdese que la Audiencia afirmó que no existió tal imprudencia grave y que por ello el acusado debía ser absuelto del delito: "… deben ser absueltos … porque no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo" (p. 134).

Por el contrario, el TS afirma que sí existió una imprudencia grave en el sentido del art. 331 CP y por ello condena al acusado: ".. exige el art. 331 C.P. que la imprudencia sea grave y en este caso lo es … desde una perspectiva subjetiva en relación a la previsibilidad del riesgo por parte del acusado". (FD 34).

[13] Cotéjese al respecto el FD 21 de la Sentencia del TS con lo expuesto en la Sentencia de la Audiencia en la p. 158, nota 50.

relevantes o suficientes para atribuir a ninguno de los tripulantes del buque un comportamiento imprudente que fuera penalmente relevante". Por tanto, repárese en que es el propio TS el que los califica como "*elementos fácticos*", en virtud de lo cual el TS está admitiendo que el cambio de inferencia en torno a la inocencia o culpabilidad del acusado se deriva del análisis de unos elementos fácticos. La sentencia de instancia hizo una valoración de ellos e infirió que los acusados no eran culpables. Los recurrentes defienden la inferencia contraria, y el TSva a darles la razón efectuando para ello un nuevo "análisis de elementos fácticos" en los FD 28 y siguientes.

Así las cosas, veamos a continuación, en particular, cuáles son esos aspectos fácticos reevaluados y reinterpretados por el TS,

A tal efecto hay que recordar, una vez más, que la sentencia de la Audiencia afirmó respecto a tales aspectos fácticos dos cosas distintas, en relación con la posible existencia de un delito de contaminación por imprudencia: por una parte, que las conductas supuestamente incorrectas del acusado que se examinan como elementos fácticos no constituyeron imprudencia, y menos aún una imprudencia grave, en el sentido del art. 331 CP; por otra parte, que no hubo relación de causa a efecto entre esas conductas y el vertido.

En concreto, a lo largo de la argumentación de la sentencia de la Audiencia se concluye lo siguiente: que la circunstancia de que el buque navegara ligeramente sobrecalado (p. 99) "**no se considera concausa eficiente de lo ocurrido**" (p. 130); que la circunstancia de que la máquina navegara sin automático o que los serpentines de calefacción estuvieran parcialmente inoperativos (p.127) "**no fueron causa eficiente de la avería del buque ni supusieron una agravación de las consecuencias**" (p. 160); que "**lo mismo cabe decir de los sistemas de remolque**, sobre todo porque con independencia de su adecuación la desobediencia acreditada del capitán deja en un segundo plano de importancia esa situación" (p. 160); que el hecho de que la tripulación fuera "joven o inexperta" (p.100) se valora como irrelevante al decir que "sin embargo**, ningún comportamiento de esos tripulantes ni del capitán, ni de los oficiales, ha sido denunciado como inepto, perjudicial o simplemente negligente**" (p. 131); que "navegar a velocidad lenta o reducida por el DST **más bien indica prudencia que incuria alguna**" (p. 162); que, en fin, **de la desobediencia del Capitán a la orden de remolque de la Autoridad no se derivan (no se han causado) los daños y perjuicios provocados por el vertido** (p. 174).

Sin embargo, frente a esta argumentación de la sentencia de instancia, el TS lleva a cabo una nueva valoración de los hechos tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, que le conduce a rechazar las inferencias de la sentencia de la Audiencia y a sustituirlas por unas nuevas de sentido contrario: por una parte, las conductas del capitán constituyeron una violación clamorosa de normas elementales de cuidado, por lo que constituyen un caso de imprudencia grave; por otra parte, dichas conductas causaron, al menos en parte, el accidente.

Repasemos entonces de forma individualiza cada una de esas conductas que reinterpreta el TS[14].

a) El no funcionamiento del sistema de control a distancia de la máquina desde el puente

En su FD 28 afirma la sentencia del TS que "no funcionaba el piloto automático, por lo que había de navegar utilizando el sistema manual".

Vaya por delante que resulta muy confuso qué quiere decir aquí la Sala, pues del "piloto automático" del buque nadie hizo mención alguna en el juicio, y es la primera vez que se alude a él.

Podría ser que la Sala utilizara este término de "piloto automático" para referirse al sistema de control desde el puente de la máquina propulsora, que es lo que no funcionaba a bordo, y a lo que se refiere la Sentencia de instancia en su p. 127: ".. se ha destacado que el *PRESTIGE* era gobernado de modo manual, al no funcionar el sistema automático *ad hoc*, lo que es verdad, pero que no tiene una conexión lógica ni causal con la avería sucedida". Pero si es así, y se trata de una mera confusión de nombre, ¿por qué entonces en el FD 29 se afirma que: ".. Ya hemos destacado defectos en su maquinaria, el piloto automático y …", de manera que el del "piloto" y el de la "maquinaria" parecen ser dos defectos distintos: el "piloto automático" y "los defectos en la maquinaria"? ¿Para dar la impresión de que existían dos defectos donde sólo había uno, incrementando el juicio negativo sobre el estado del buque? Si es así, cabe denunciar que la Sentencia del TS literalmente añadió un hecho nuevo a los probados en la Sentencia de instancia.

[14] Insisto en que lo que se expone a continuación en el texto está tomado de forma prácticamente literal de lo que se contiene en el incidente de nulidad, de 19 de febrero de 2016, y en el recurso de amparo, de 20 de mayo de 2016, firmados por el letrado defensor del capitán Mangouras, José Mª Ruiz Soroa.

Ahora bien, sean uno o dos los automáticos que el TS afirma que estaban inoperativos, lo cierto es que por mucho que se lea su propia Sentencia no se encontrará ninguna explicación de su supuesta importancia en la navegación del buque o en el desarrollo del accidente. El TS los cita como índice de la negligencia supuestamente cometida por el capitán, pero no es capaz de mencionar, o siquiera insinuar, cómo influyeron en el accidente y en la contaminación.

La sentencia de instancia era taxativa: "se ha destacado que el *PRESTIGE* era gobernado de modo manual, al no funcionar el sistema automático *ad hoc*, lo que es verdad, pero que no tiene una conexión lógica ni causal con la avería sucedida".

Si la Sentencia del TS pretende insinuar lo contrario, se está introduciendo en un análisis fáctico de relaciones causales entre hechos, lo que es una cuestión totalmente fáctica, nunca jurídica. Y, por lo demás, ni que decir tiene que sólo el tribunal ante el cual se efectuó de manera inmediata la prueba testifical y pericial está capacitado para apreciar tal cuestión (con arreglo al principio de inmediación).

Y si el TS no está insinuando esta relevancia causal del fallo del sistema de control de la máquina (como resulta de su silencio al respecto) ¿por qué entonces lo menciona? Los defectos de funcionamiento que tuviera el buque, si no tienen conexión ninguna con el riesgo de la avería realmente ocurrida, son penalmente intrascendentes.

b) El sobrecalado inicial del buque

En la Sentencia de la Audiencia se afirmaba que el buque navegaba con un ligero sobrecalado de 0,30 centímetros (p. 99), pero que "este defecto en el calado más conveniente no se ha considerado concausa eficiente de lo ocurrido, así que navegar en un buque aparentemente adecuado en condiciones duras pero aceptables para los navegantes experimentados no parece ninguna clase de imprudencia" (p. 130)[15].

Por su lado, el TS manifiesta literalmente al respecto que "ESTA INFERENCIA NO LA ACEPTAMOS" (FD 29), alegando por su parte que "el exceso de peso que implica el sobrecalado consecuencia de una sobrecarga inevitablemente repercute en la estructura de la nave y su maniobrabilidad".

[15] Con todo, la Sentencia de la Audiencia Provincial ponía en duda que el sobrecalado del buque existiera en realidad: véase al respecto la página 121 en la que al comentar el Informe pericial de los Sres. Cayuela y Montero que son los que hablaron de sobrecalado, dice: "Sin embargo, al matizar los Informes, destacan (los peritos) que los datos de sobrecalado no tienen respaldo documental y que no les dieron toda la información solicitada y por eso el informe es simplemente teórico … y terminan exculpando al capitán del buque petrolero que en una situación extrema hizo lo que pudo" (subrayado original)

Pues bien, incurre aquí el TS en varias infracciones de los derechos del acusado.

La primera reside en que el Tribunal de Casación no puede revisar las inferencias que haya establecido el tribunal de instancia acerca de la no culpabilidad, si se trata de inferencia derivadas de los hechos, sin escuchar personalmente su versión. Afirmar que "esta inferencia no la aceptamos" no es admisible y el propio TS lo ha explicado muy bien en diferentes sentencias[16]. En efecto, como claramente ha razonado el propio TS, no puede ni debe confundirse la inferencia misma que sustenta el juicio de culpabilidad o inocencia, con el juicio de inferencia, es decir, con el razonamiento a través del cual el tribunal de instancia ha llegado a construir tal inferencia. Este razonamiento podrá ser o no compartido por el tribunal revisor, incluso podrá proponerse por el recurrente o por el tribunal revisor uno alternativo que resulte más lógico o más verosímil. Pero ello no autoriza a revisar y modificar la sentencia de instancia sin oír sobre ello al acusado absuelto, sino sólo a anularla cuando el razonamiento de instancia (el juicio de inferencia) haya llegado al extremo de ser arbitrario, caprichoso o manifiestamente carente de razonabilidad (por la vía del art. 852 LECrim.).

Pues bien, en ningún momento de su extenso análisis de los elementos fácticos que revisa la Sentencia del TS insinúa siquiera que la Audiencia hubiese razonado su Sentencia de manera arbitraria, caprichosa o de forma inequívocamente errónea para cualquier lector; es decir, que no recurre al único cauce por el que podía cuestionar la razonabilidad de los juicios de inferencia de la sentencia de instancia sin violar los derechos del acusado absuelto. Y es que ello le hubiera obligado a declarar la nulidad de la Sentencia y su devolución a la Audiencia para que dictase una nueva.

Por otro lado, el TS "construye" (por así decirlo) por su cuenta un argumento nuevo (que nunca se expuso en el juicio) para contradecir la afirmación de la sentencia de instancia de que el ligero sobrecalado no fue concausa eficiente de lo ocurrido. En efecto, el TS afirma que dicho sobrecalado sí fue concausa eficiente porque "*la sobrecarga inevitablemente repercute en la estructura de la nave y su maniobrabilidad*". Pero ante semejante inferencia cabe preguntarse: ¿de dónde han

[16] Vid., p. ej., STS 1.021/2013: "Precisamente cuando la sentencia es absolutoria, la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo u otro elemento subjetivo del tipo exige **en todo caso la previa audiencia** por el órgano revisor del acusado absuelto. Y ello porque esa conclusión **no es una cuestión meramente jurídica** … Cabe matizar tan sólo que la acusación puede cuestionar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial, si la decisión estuviera huérfana de toda motivación o la expuesta careciera de modo patente de razonabilidad".

salido estas afirmaciones y estos juicios técnicos? Y es que si en la Sentencia de instancia no se encuentran estas consideraciones técnicas, es inevitable concluir que es el propio TS quien las ha añadido por vez primera y con base en su propio criterio, a pesar de que no fue este TS quien presenció y valoró la prueba testifical y pericial.

En suma, el TS violó los hechos probados de instancia mediante el ardid de agregar nuevas consideraciones fácticas (que es una forma de no respetarlos, como el propio TS tiene reiteradamente declarado). Y además vulneró el principio de inmediación de la apreciación de la prueba, que le prohíbe hacer este tipo de consideraciones cuando no es él el tribunal ante el cual se practicó dicha prueba.

c) Los serpentines de calefacción parcialmente inoperativos

Se trata, de nuevo, de un hecho que ciertamente se admitía en su realidad en la Sentencia de instancia, pero con la decisiva particularidad de que en esta se declaraba que "carece de cualquier conexión lógica ni causal con la avería sucedida … (pues) pudo afectar a alguna posibilidad de salvar el buque pero no a las causas de la avería que se analizan" (p. 127), insistiéndose, en la p. 160, en que: " ..las disfunciones en los serpentines de calefacción … no fueron causa eficiente de la avería del buque ni supusieron una agravación de las consecuencias de lo ocurrido".

Pues bien, en contra de estas afirmaciones puramente fácticas se alza la Sentencia del TS, revisándolas de manera radical para poder llegar a un juicio de culpabilidad del acusado.

La revisión consiste en realizar una alambicada reconstrucción y reevaluación hipotética de los hechos, en el sentido siguiente: dado el hecho cierto de que la maniobra realizada por el Capitán Mangouras de corregir la escora introduciendo agua de mar (maniobra profesionalmente correcta) en los tanques vacíos empeoró la situación estructural del buque (hecho obvio admitido por todos, empezando por el propio capitán), el TS incluye como un nuevo hecho probado que esta maniobra "*vino determinada o cuando menos condicionada por el estado previo de la nave (pues) la operación de lastrado contaba en teoría con la alternativa de trasvasar la carga interna (y) en este caso no se hizo probablemente porque resultaba cuanto menos más difícil habida cuenta que la avería en los serpentines de la calefacción impedía controlar la temperatura de las calderas y consecuentemente el calentamiento del fueloil hasta que alcanzara los niveles de liquidez que exigía ese trasvase*".

Uno no puede dejar de asombrarse ante semejante "reconstrucción": el Tribunal de casación (según él, analizando sólo el Derecho aplicado en la Sentencia de instancia) realiza una revisión de las causas y efectos de un hecho concreto y propone para él una nueva explicación técnica que en modo alguno figuraba en la Sentencia de la Audiencia, ni fue propuesta por ninguno de los testigos o peritos. Y lo de menos es que esa explicación sea inveraz e incorrecta; lo verdaderamente relevante es que es el propio TS el que la "inventa" en trámite de recurso y la introduce como un nuevo hecho relevante, del cual se infiere la culpabilidad del capitán como autor de una conducta gravemente imprudente.

Causa rubor tener que recordarle al TS que el juicio público y las pruebas testificales y periciales no se realizaron ante él, sino ante la Audiencia de A Coruña. Por tanto, hay que preguntarse ¿cómo puede entonces el TS deducir por su propia cuenta determinadas "explicaciones técnicas" o "relaciones causales" que no aparecían en la Sentencia de instancia?.

De nuevo, pues, tal forma de proceder viola el principio de respeto a los hechos probados, por un lado, y el principio de inmediación en la apreciación de la prueba, por otro. Y, además, viola el derecho de defensa en cuanto que el TS propone una nueva explicación a la conducta del capitán Mangouras (para hacerle culpable de un delito del que había sido absuelto) sin haberle escuchado sobre ella.

Es obvio que algo tendría que decir el acusado Mangouras sobre esa rocambolesca y nueva idea de que si él decidió lastrar el buque con agua de mar, en lugar de efectuar un trasvase interno de fueloil, fue precisamente porque los serpentines de calefacción de la carga estaban en estado de parcial operatividad.

En efecto, el acusado siempre dijo (y demostró documentalmente) que el fueloil viajaba a la temperatura correcta y con el adecuado grado de liquidez. Dijo y explicó que si optó por lastrar con agua de mar en lugar de trasvasar carga interna fue por varias razones: primero, transvasar carga por gravedad era una operación muy lenta y sólo parcialmente eficaz para corregir la escora; y, sobre todo, para llevarla a cabo era físicamente necesario manejar en cubierta unas válvulas situadas en el costado de estribor que eran inalcanzables para la tripulación salvo que se les exigiera poner en grave riesgo sus vidas. Y la mayoría de los peritos estuvieron de acuerdo con él, tal como consta en la sentencia de instancia, pues alabaron su maniobra: "realizar un

trasvase interno o externo del fuel, según los informes oídos, ambas posibilidades eran muy dificultosas y arriesgadas" (p. 160).

A ningún perito, ni siquiera a los que recomendaban como mejor opción el trasvase interno, se le ocurrió la idea de que el trasvase "probablemente resultaba más difícil por la avería de los serpentines". Es una explicación que aparece por vez primera en esta instancia de casación y propuesta por el mismo Tribunal que revisa el caso.

Ahora bien, además de todo lo que se acaba de exponer, hay que subrayar que no finaliza aquí la tarea de revisión que (no lo olvidemos) el TS define como "estrictamente jurídica". En efecto, la alargada sombra de los serpentines llega –según el TS- hasta haber provocado nada menos que la imposibilidad de dar refugio al buque en puerto ("*su relevancia fue mayor ... porque aumentó el exceso de calado del buque, lo que impidió que se le pudiera dar refugio en puerto"* (FD 30 in fine). De esta forma, la cadena causal "reconstruida" por la Sentencia del TS resulta algo así como: <<a) serpentines parcialmente inoperativos …b) lastrado por agua de mar …c) aumento de calado del buque … d) imposible refugio por exceso de calado>>.

Una vez más estamos ante afirmaciones que exceden totalmente de lo que es una revisión estrictamente jurídica del Derecho aplicado por la Sentencia, puesto que inciden plenamente en las cuestiones fácticas y causales, violan el principio de inmediación en la apreciación de la prueba y el de defensa del acusado.

Pero lo peor de todo es que, además, tales afirmaciones son, lisa y llanamente, inveraces, por la sencilla razón de que el lugar o puerto de refugio sugerido por la mayoría de los testigos y peritos era el de la ensenada de Corcubión, y esta no tiene limitación alguna por calado.

d) El remolque de emergencia y la evacuación de la tripulación

La Sentencia del TS reconoce, como lo hizo la de la Audiencia, que no cabe reproche alguno al capitán del buque por el tipo de remolque de emergencia que llevaba su buque (FD 31), puesto que estaba certificado como idóneo por ABS, la sociedad de clasificación del buque.

Sin embargo, el TS introduce en este punto una nueva reconsideración del remolque de emergencia, que no figuraba en la sentencia de la Audiencia y que le permite hacer un nuevo reproche de comportamiento imprudente al acusado, a saber: si el buque portaba un sistema de remolque de emergencia a popa que, para ser operado,

precisaba del trabajo de cuatro tripulantes, el capitán Mangouras (conocedor de esta circunstancia) no debió haber evacuado a toda la tripulación cuando surgió el riesgo inminente de que el buque volcase de costado, sino que debió mantener a bordo a tripulantes suficientes.

La Sentencia del TS no lo expresa con esta claridad, pero es la única interpretación posible de la sibilina redacción del último párrafo del FD 31: "*Cabe la posibilidad de que la evacuación fuera adecuada con el objetivo de poner a salvo las vidas humanas, pero lo cierto es que fue una de las razones que, una vez el Sr. Mangouras accedió a dejarse remolcar, dificultaron y dilataron en el tiempo el control del barco*".

De nuevo sucede aquí lo que se denunciaba y criticaba en las páginas anteriores: se está reevaluando o reconsiderando la conducta del acusado en el momento del accidente; se están proponiendo nuevas hipótesis para el análisis de su comportamiento; se está sugiriendo que se equivocó profesionalmente al evacuar a la tripulación; se insinúa que debería haber mantenido a bordo a parte de los tripulantes y que, por ello, es culpable de una imprudencia grave. Y todo ello se hace cuando el acusado fue expresamente absuelto en la instancia de esa imprudencia grave y sin escuchar en este trámite la versión del acusado sobre esos hechos que, por vez primera, se le reprochan.

Precisamente por ello, la reconsideración o reevaluación que efectúa el TS sobre este punto es contraria al derecho de defensa del acusado según el art. 24 CE y 6.1º CEDH. Puesto que implica una reevaluación de aspectos fácticos de la conducta del acusado.

Por lo demás, y al margen de lo que antecede, merece ser severamente criticado el modo en que el TS plasma su insinuado argumento: y es que, en efecto, si el primer deber de todo capitán es poner a salvo la vida de su tripulación en una situación de riesgo, no puede reprochársele nada por haberlo hecho; por tanto, si el TS empieza por reconocer que la evacuación era adecuada para salvar las vidas humanas, resulta de todo punto inaceptable (por no emplear aquí otra expresión más gruesa) que insinúe a continuación que dicho salvamento quizás no debiera haberse efectuado[17]. Y, en este sentido, la Sentencia de instancia de la Audiencia reconocía que el hecho de que

[17] Es más, la evacuación urgente de la tripulación fue además aprobada por las Autoridades Marítimas, que llegaron a insistir en que fuera total, incluso de los tres hombres que voluntariamente quedaron a bordo.

Capitán y dos Oficiales permanecieran voluntariamente a bordo "demuestra un coraje y una entereza fuera de lo común, por permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel" (p. 132).

e) La desobediencia a la orden de tomar remolque

Prima facie el cambio de calificación jurídica que efectúa el TS en el FD 33 con respecto a la desobediencia del capitán a la orden de tomar remolque se presenta en la Sentencia como si fuera sólo un cambio de estricta calificación jurídica, que, consecuentemente, es un cambio que (por mucho que suponga una agravación de la pena, que pasa de 9 meses a 2 años de prisión) un Tribunal de casación podría haber llevado a cabo sin necesidad de oír de nuevo al acusado, según la doctrina del TEDH.

Sin embargo, en la Sentencia del TS que examinamos no se efectúa solamente un cambio de calificación normativa de los hechos, sino que al mismo tiempo se reconsideran estos hechos en un plano puramente fáctico. En concreto, se reevalúan y se reconstruyen las circunstancias fácticas de la desobediencia del capitán para llegar a afirmar que "*los hechos que sustentan esta calificación (de desobediencia) no sólo fueron relevantes en lo que suponen de desprecio al principio de autoridad … también contribuyeron a incrementar el riesgo de contaminación y en consecuencia de catástrofe ecológica en la medida que demoraron durante unas horas la posibilidad de controlar la embarcación y con ella el vertido incesante*" (FD 32 in fine).

Así las cosas, resulta evidente que esta reconstrucción y reevaluación de las consecuencias fácticas de las escasas tres horas que duró la desobediencia no es una pura cuestión jurídica sino, muy al contrario, una cuestión plenamente fáctica. En efecto, repárese en que se trata de determinar si la demora del capitán Mangouras en aceptar el remolque tuvo como consecuencia un incremento de la contaminación provocada por el vertido, de manera que pueda imputársele el incremento o agravación del vertido; algo que el capitán negó siempre.

La Sentencia del TS afirma que, efectivamente, la demora provocó ese incremento o agravación del vertido, y que el acusado tenía que haber sido consciente de ello cuando demoró el remolque. En este sentido, dice en el FD 76 que "este episodio se ha considerado esencial para conformar el comportamiento imprudente por el que va a ser condenado (el acusado)".

Sin embargo, es bastante claro que esta es una cuestión fáctica que atañe al elemento subjetivo del delito, a saber, la conciencia del capitán de que, al demorar el remolque, incrementaba el vertido y, por ello, no puede ser decidida sin oír la versión del acusado en el juicio sobre ese concreto extremo del conocimiento o conciencia que debía o no debía tener.

Pero es que hay más: la sentencia de instancia, que condenó al capitán Mangouras por un delito de desobediencia a la pena de 9 meses de prisión, dejó muy claramente establecida una conclusión: "*si sólo se considera acreditado el delito de desobediencia, de este delito no se deriva o con el mismo no se han causado los daños y perjuicios derivados del vertido del PRESTIGE*" (p. 250). Esta es una afirmación de naturaleza fáctica sobre las relaciones de causa a efecto entre dos hechos del mundo exterior: del hecho A no se deriva el B, de uno no se sigue el otro.

Pues bien, la sentencia del TS modifica de raíz esta afirmación fáctica y la substituye por la contraria: del hecho A (la demora en el remolque) se ha seguido por lo menos en parte el hecho B (el incremento o agravación del vertido). Y lo ha hecho a pesar de que no es él el tribunal ante el cual se practicó la prueba testifical y pericial[18], siendo así que este último es el único tribunal que, en virtud del principio de inmediación, puede determinar los hechos y extraer conclusiones de ellos.

A la vista de lo que antecede se comprenderá, en fin, que la sentencia del TS que analizamos violó el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado en dos de sus facetas: 1) se pronunció sobre cuestiones de hecho atinentes al elemento subjetivo del delito (la conciencia del capitán de que estaba incrementando el vertido de fueloil al demorar el remolque) sin oír al acusado en el trámite; 2) modificó las conclusiones fácticas de la sentencia de instancia sobre relaciones de causa a efecto a pesar de no haber presenciado con inmediación las pruebas practicadas al respecto ni haberse practicado otras nuevas en el recurso.

f) Las conclusiones de la sentencia

En el FD 33 la sentencia del TS hace un resumen de sus anteriores reconsideraciones sobre los defectos existentes en el buque y sobre la conducta del

[18] La prueba testifical y pericial practicada en la vista pública ante la Audiencia de A Coruña (precisamente sobre las fases, tiempos y modos en que se produjo el derrame de fueloil desde el buque) fue amplísima y de alto contenido técnico. Por eso es más sorprendente aún que el Tribunal Supremo que no presenció esa prueba haga afirmaciones fácticas tan terminantes ahora.

acusado y llega a una conclusión: *"… ese fallo estructural que determinó el colapso de la maquinaria y la fractura del casco … fuera cual fuera su causa, no se puede considerar improbable sobre todo en un barco de esa antigüedad".*

En otras palabras (y más sencillas, evitando la doble negación de la frase transcrita), lo que viene a afirmar el TS, como conclusión o inferencia de su análisis de los hechos, es que la avería del buque que causó su colapso estructural era probable ("*no se puede considerar improbable*"). Y de esa probabilidad de la avería se deduce la culpabilidad del acusado, puesto que "*como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió*".

Pues bien, si ponemos ahora en relación estas dos afirmaciones del FD 33 de la sentencia del TS con lo que esta misma sentencia recoge como conclusión esencial de la sentencia de instancia de la Audiencia (en su FD 27 *in fine*), nos encontraremos con una contradicción insalvable, dado que en este FD 27 se indica: "*Insiste la Sala sentenciadora tras el análisis de la abundante prueba pericial practicada en que el estado aparente del buque no era indicativo de sus deficiencias estructurales. Y en definitiva concluye que la avería que provocó el colapso del barco no era previsible ni pudo ser advertida por el acusado".*

Por consiguiente, de ese cotejo se infiere que donde la sentencia de la Audiencia concluía (según resume con acierto el propio TS) que la avería que provocó el colapso del buque *no era previsible ni pudo ser advertida por el acusado*, el TS, en su segunda sentencia, concluye que esa avería *era probable y por ello debió ser prevista* por el acusado.

Difícilmente cabe efectuar una inversión más absoluta de las conclusiones fácticas que componen el elemento subjetivo del delito imprudente que la que se produce entre ambas sentencias: de tratarse de una avería *imprevisible* y, por ello, *no susceptible de ser advertida* en su riesgo por el capitán, se pasa a una avería *probable* que *debió de preverse por éste con una mínima diligencia*.

Por ello, causa profundo estupor que el TS afirme que esta inversión de las conclusiones sea el resultado de una revisión puramente jurídica, que no reevalúa ni reinterpreta los hechos mismos.

Como es obvio, semejante afirmación es insostenible. Y es que las afirmaciones de la sentencia de instancia acerca de la inexistencia de imprudencia grave por parte del

capitán Mangouras no eran una simple "*valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación*" (FD 34), sino que eran afirmaciones fundadas en un hecho bien concreto, a saber, la imprevisibilidad de la avería para el acusado. Si el TS afirma que la avería no sólo era previsible, sino incluso probable, y que el acusado debió preverla con un mínimo de diligencia, esto no es una revisión de la valoración jurídica sino (ante todo) una revisión de los hechos y de la conducta del acusado; o, mejor dicho, una revisión radical de los hechos, que, de nuevo, se efectuó sin oír al acusado y escuchar su versión sobre ellos.

Es más, en el FD 64 de su Sentencia el TS (para poder condenar al acusado también al resarcimiento de los daños, lo cual es una forma de agravar la condena) llega a definir la conducta del capitán Mangouras en relación con el accidente como una actuación realizada "*con temeridad y a sabiendas de que probablemente se causarían los daños*" (de acuerdo con el art. 5.3 del CLC 92). Se trata, pues, de una nueva apreciación sobre el elemento subjetivo del delito, que excede incluso del concepto de "imprudencia grave" del FD 34, al utilizar una terminología propia del dolo[19].

En resumen: donde la sentencia de la Audiencia afirmó como conclusión que el acusado no actuó imprudentemente ni con conciencia de la posibilidad de la avería y de los daños ecológicos, el TS asegura que el acusado actuó con gravísima imprudencia (incluso cabría decir que con dolo) y con conciencia plena de que los daños se iban a producir. Ni que decir tiene, de nuevo, que este cambio de valoración de la conducta del

[19] En este sentido, merece la pena poner en contraste la conclusión del Tribunal Supremo con el siguiente párrafo de la sentencia de instancia de la Audiencia:

"Reducida así la imputación a que fueron imprudentes por arriesgarse a navegar en un buque inseguro y abocado al hundimiento, parece imposible sostener lógicamente tal imputación porque nadie ha demostrado que conociesen el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento.

Todos sabían que no era un buque nuevo y que su estado de conservación era el que cabría esperar de un prolongado transcurso del tiempo en una actividad de tanto desgaste como es la navegación de grandes petroleros, pero ni sabían, ni podían saber de la existencia de graves deficiencias que abocasen a un inminente naufragio.

El aspecto a simple vista no era alarmante aunque no fuera muy satisfactorio y nadie (...) ha sido capaz de señalar a día de hoy dónde podría haberse advertido sin duda algún defecto que impidiese o desaconsejase la navegación y por eso la decisión de asumir la navegación como una ocupación laboral arriesgada pero controlada y normal no puede imputarse como delito.

De hecho la conducta ulterior del capitán y los oficiales ha sido calificada de correcta, cuando no elogiada, por multitud de técnicos, incluidos los que asumían los intereses españoles como prioritarios, y las decisiones iniciales tras la avería no sólo son aceptables sino que demuestran un coraje y entereza fuera de lo común, porque permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel para tratar de salvar la nave parece poco coherente con la imprudencia de quien arriesga un buque a sabiendas de que son muy altas las posibilidades de que naufrague por defectos de mantenimiento". (p. 132).

acusado se efectúa con vulneración de los derechos que le amparan de acuerdo con los arts. 24 CE y 6.1º CEDH.

Finalmente, en otro orden de cosas, no se puede pasar por alto el enorme absurdo que encierra el razonamiento del TS desde la lógica de las motivaciones del comportamiento humano. En efecto, es evidente que las conclusiones del TS sobre la conducta del capitán Mangouras contradicen la lógica más elemental, puesto que sería preciso que el acusado fuera un auténtico suicida para emprender una navegación "a sabiendas de que probablemente se iba a producir" el colapso del buque y para quedarse a bordo después voluntariamente con el fin de intentar salvar el buque, cuando los daños se produjeron y la estructura del buque se había colapsado. Resulta obvio para cualquiera que tal comportamiento es incompatible con un conocimiento previo de los defectos del buque, según concluyó, por cierto, la sentencia de la Audiencia.

Por lo demás, tampoco debe pasarse por alto el gran absurdo que, en general, encierran muchos de los razonamientos pseudotécnico-marítimos que efectúa el TS para asegurar que la conducta del capitán excedió el nivel de riesgo permitido, razonamientos que conducirían a paralizar el tráfico marítimo mundial[20].

3. El erróneo entendimiento que tiene el TS sobre de la estructura del delito imprudente

De lo que expuse en el epígrafe anterior interesa detenerse ahora en un aspecto particular, concerniente a la estructura de los delitos imprudentes. Me refiero a la conclusión a la que llega el TS, al calificar la imprudencia del capitán como *grave* (y, por tanto, como jurídico-penalmente relevante), siendo así que esta es una conclusión que presupone ineluctablemente valorar aspectos subjetivos[21].

---

[20] Vid., en tono muy crítico sobre el razonamiento del TS, las agudas reflexiones del abogado maritimista J.M. GONZÁLEZ PELLICER, Apostolos Mangouras: "el hombre de mimbre", en Diario La Ley, nº 8704, de 17-2-2016, especialmente las absurdas conclusiones que, a *sensu contrario*, se derivan de la sentencia del TS para el trabajo de cualquier marino en el futuro.

[21] Y este presupuesto es explícitamente reconocido por el propio TS en su sentencia, al admitir la ineludible presencia de un deber subjetivo de cuidado para la existencia de un delito imprudente (vid., por ejemplo, el FD 34 de la sentencia, en el que se indica que la imprudencia grave del art. 331 CP se fundamenta "*desde una perspectiva subjetiva en relación con la previsibilidad del riesgo por parte del acusado, en los términos que ya hemos expuesto*"), aunque el TS ignore realmente, por cierto, en qué consiste ese deber subjetivo de cuidado. Vid., paradigmáticamente, el FJ nº 26 "En el aspecto subjetivo, ya hemos dicho que el delito imprudente aparece estructuralmente configurado por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos

Y conviene detenerse en esta trascendental cuestión, desde el momento en que el TS demuestra no saber en qué consiste la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes. En efecto, la distinción entre un deber subjetivo y un deber objetivo de cuidado no radica (como erróneamente cree el TS) en que el subjetivo sea "un deber de cuidado interno, que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad" y el objetivo "un deber de cuidado externo, que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos".

Es cierto que algunos penalistas aluden a un deber de cuidado interno y a un deber de cuidado externo, pero esta alusión *nada tiene que ver* con la dicotomía deber objetivo/deber subjetivo de cuidado. El TS ignora que la distinción entre un deber interno y otro externo se incluye *dentro de* la infracción del deber *objetivo* de cuidado (el cual integra, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, caracterizando su desvalor de acción)[22].

En otras palabras, frente a lo que equivocadamente da a entender el TS, reina completa unanimidad en la doctrina a la hora de entender que el deber *objetivo* de cuidado alude a un deber "*objetivo-general*", que se impone a todos los ciudadanos en la situación en la que se hallaba el autor del hecho, de tal manera que se trata de un deber que sería capaz de cumplir la persona inteligente y cuidadosa (el llamado

---

no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado".

Como aclaro a continuación en el texto, el TS no solo ignora en qué consiste la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, sino también su ubicación en el marco de la teoría jurídica del delito.

[22] Así se expone con claridad (pese a que el TS no haya sido capaz de entenderlo) en MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 10ª ed., Barcelona 2015, L.11/22 ss., quien recoge esta distinción (que no es usual en España) de la doctrina alemana. Y yo mismo reflejé esa distinción en el seno de la infracción del deber objetivo de cuidado en MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., p. 228. Es más, al lado de la infracción del deber objetivo de cuidado (que integra la vertiente objetiva del tipo imprudente) todavía habría que diferenciar la *vertiente subjetiva* del tipo imprudente, que requiere, de un lado, el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada (ya sea con conocimiento del peligro que entraña, en el caso de la imprudencia consciente, o sin ese conocimiento, en el caso de la imprudencia inconsciente), y, de otro lado, el elemento *negativo* de *no haber querido el autor* cometer el hecho resultante (cfr. MIR PUIG, loc. cit., NM 24).

Es, pues, en la doctrina alemana donde podría haber encontrado el TS español una más cumplida aclaración al respecto, que tal vez le habría permitido evitar incurrir en un error tan craso. Así, en el Tratado de JESCHECK, al que se remite MIR (y que él mismo tradujo), se explica que, *dentro de la vulneración del deber objetivo de cuidado* (esto es, dentro de "lo injusto de la acción"), "el primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente", aclarando después JESCHECK en qué consiste, en concreto, este deber de cuidado interno (o "deber de examen previo" como lo denominó BINDING). Por su parte, el deber de cuidado externo es una consecuencia ineluctable del deber interno, puesto que de la posibilidad de advertir el peligro se deriva necesariamente "el deber de realizar un comportamiento externo correcto con objeto de evitar la producción del resultado típico". Vid. JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte general, vol. II, (trad. de la 3ª ed. alemana de Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona 1981. L.55/I, pp. 797 ss.

"hombre medio ideal", que se comporta del modo jurídicamente ideal), lo que presupone una "previsibilidad objetiva". Por el contrario, el deber *subjetivo* de cuidado alude a un deber "*individual*", que depende de las mayores o menores capacidades de un sujeto en concreto y que, por ende, presupone una "previsibilidad subjetiva".

En consonancia con ello, y a la vista de la regulación del vigente CP español, la opinión dominante en la actualidad (y con independencia de la concepción sistemática de la que se parta) entiende que con la infracción del deber objetivo de cuidado existe ya, ciertamente, una conducta *objetivamente* imprudente, y, por tanto, antijurídica con carácter objetivo-general. Ahora bien, esta conducta antijurídica no será culpable (o, a mi juicio, subjetivamente "ilícita") si el autor no infringe su deber *subjetivo* de cuidado, debido a su incapacidad subjetiva para cumplir con el deber objetivo de cuidado[23].

En resumidas cuentas, lo que me interesa subrayar a los efectos del presente comentario es que, para poder afirmar que existe un delito cometido por imprudencia grave, hay que acreditar necesariamente no solo una previsibilidad *objetiva* sino también una previsibilidad *subjetiva*, que atiende a la particular capacidad cognoscitiva del autor, así como a la peculiar situación individual en la que se encuentra[24], *y que, naturalmente, esa previsibilidad subjetiva no puede ser revisada en casación* sin oír al acusado y escuchar su versión sobre los hechos.

---

[23] Vid. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General**,** 3ª ed., Valencia 2016, pp. 283 s., NM 24-27.

Es más, existe un sector doctrinal minoritario que considera que la infracción del deber subjetivo (individual) de cuidado debe incluirse en el tipo de injusto del delito imprudente. Ello no obstante, esta tesis no resulta correcta, puesto que la antijuridicidad de una conducta se basa en un juicio objetivo-general, mientras que la incapacidad individual de entenderlo o de cumplirlo debe ser dilucidada en una categoría posterior (la de la culpabilidad, según la opinión mayoritaria). Cuestión diferente es que para determinar el deber objetivo de cuidado se añadan los conocimientos que poseía el concreto autor de que se trate a los conocimientos del "hombre medio jurídicamente ideal". Vid. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, cit., pp. 284 s., NM 28-29.

Por mi parte, entiendo que, ciertamente, la infracción del deber *subjetivo* de cuidado no se incluye en el tipo de acción (que solo incluye la infracción del deber objetivo de cuidado, medida con el criterio de la predecibilidad general o nivel máximo de previsibilidad), pero con la particularidad de que dicho deber *subjetivo* queda incardinado en la categoría de la ilicitud (segunda categoría del delito): vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa (Parte general)**,** 5ª ed., Valencia 2016**,** pp. 403 y 414 s.

[24] Por ello, reitero que la imposibilidad subjetiva-individual de conocer y comprender los elementos del tipo penal (imprevisibilidad subjetiva del hecho o del resultado) excluye la culpabilidad. Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones, cit., 2016, pp. 493 s., NM 50.

4. La errónea calificación jurídico-penal del TS: apreciación del subtipo agravado del art. 326-e CP, pese a existir solo imprudencia sobre el hecho agravatorio

En los epígrafes anteriores se analizó la cuestión de la (a mi juicio) errónea aplicación del art. 325-1 en relación con el art. 331, por un entendimiento indebido del cauce casacional elegido. Ahora en el presente epígrafe se trata de examinar un ulterior error en el que incurre el TS, aun en el caso de que aceptásemos como hipótesis de trabajo que pudiera ser aplicado aquí el delito de contaminación por imprudencia grave, a saber: la equivocada pretensión de apreciar el tipo agravado del art. 326 e)[25] cuando, como sucedía en el presente caso, no concurre dolo con relación al hecho agravatorio, consistente en la producción de un "riesgo de deterioro irreversible o catastrófico", sino que existe solamente imprudencia.

Los FD 16 al 22 de la sentencia del TS se dedican a analizar doctrinalmente el delito de contaminación del art. 325 y sus requisitos de tipicidad básicos (actividades contaminantes, infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal y creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido), así como los subtipos agravados del art. 326 b) CP -que exige desobediencia a órdenes expresas de la autoridad administrativa- y del arts. 326 e) -que incorpora como agravación el hecho de que se hubiese producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico-. En particular, en los FD 20 y 22 se analiza el tipo del art. 331 CP referido al denominado tipo subjetivo culposo y sus presupuestos, todo ello con abundante cita jurisprudencial.

Pues bien, tras un análisis de los requisitos de todo delito imprudente, en el FD 35 se concluye lo siguiente:

> "Los hechos declarados probados respecto al acusado Sr. Mangouras son constitutivos, según lo expuesto, *de un delito imprudente contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 e), en relación con el artículo 31*. La aplicación de la modalidad agravada expuesta resulta incuestionable, pues se generó un riesgo de contaminación que excedió del meramente grave que exige el tipo básico (…). *Riesgo que era previsible*, en atención a la cantidad de fuel que transportaba, y la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque. Y además objetivamente imputable al acusado, quien por su

[25] Tras la reforma realizada por la L.O. 15/2015 el contenido del antiguo art. 326 CP (al que se refiere la sentencia) se trasladó al actual art. 327.

propia experiencia necesariamente *había de ser conocedor del mismo y hubo de representárselo* y en cuyo ámbito de competencia se encontraba enervarlo en la medida de sus posibilidades (…)" (la cursiva es mía).

El TS incurre así en un muy grave error jurídico-penal, en el cual ya habían incurrido también la Fiscalía gallega y otras partes personadas en el proceso en sus calificaciones jurídicas, según advertí ya en mi comentario a la SAP de A Coruña[26].

En efecto, aunque es indudable que en el caso *Prestige* se ocasionó realmente no sólo un "riesgo de deterioro catastrófico" sino incluso un verdadero *daño* de esta índole, el referido tipo cualificado, contenido en el art. 326 e), no puede ser apreciado aquí porque todas las figuras agravadas del art. 326 son exclusivamente dolosas, y, consecuentemente, no pueden entrar en juego cuando (como sucede en el caso que nos ocupa) únicamente se ha declarado probada por el Tribunal la presencia de imprudencia sobre el hecho agravatorio.

Y conviene subrayar que esta afirmación que hago no admite refutación, habida cuenta de que aparece impuesta por la vigente regulación del CP español en dos preceptos.

Por un lado, el TS ignora la regla prevista en el art. 14-2 para los supuestos de error sobre el tipo penal, que preceptúa que "el error sobre *un hecho que cualifique la infracción* o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación", en atención a lo cual es claro que en el caso de los subtipos cualificados el error vencible sobre el hecho agravatorio recibe el mismo tratamiento que las hipótesis de error invencible[27], esto es, no se castiga como imprudencia sino que conduce a la absolución por ese hecho cualificante. En otras palabras -y para que el TS lo entienda-, un error sobre un hecho integrante de un subtipo agravado conducirá a aplicar solo el tipo básico; y en el caso *Prestige* sucede que el capitán Mangouras obraba con un error vencible sobre el hecho cualificante del riesgo de deterioro catastrófico, desde el momento en que lo que resultó probado -a juicio del tribunal- es que solo existía imprudencia con respecto a dicho hecho (si hay imprudencia, es que hay error vencible)[28].

---

[26] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, R.P., 2014, cit., pp. 239 s.

[27] Cfr. por todos MIR PUIG, Derecho Penal, cit., L.10/122.

[28] Ciertamente, la redacción del art. 6 bis a, 1º y 2º del CP anterior podría suscitar alguna duda, aunque, con todo, la opinión, a la sazón, dominante llegaba a la misma conclusión. Sin embargo, la redacción del vigente art. 14-2 es –como escribe LUZÓN PEÑA - "inequívoca en el sentido de que tal error sin distinción, es decir, sea invencible o incluso vencible, excluye la apreciación del subtipo agravado, sin

Y lo imperdonable de la ignorancia del TS es que ya en el año 1999 SILVA SÁNCHEZ se había pronunciado sobre ello en una monografía destinada precisamente a estudiar los delitos contra el medio ambiente, con una referencia expresa al ámbito de aplicación de los subtipos cualificados del art. 326[29], opinión expuesta asimismo por otros penalistas en diferentes trabajos y, en concreto, por mí en trabajos dedicados específicamente al caso *Prestige*[30].

Por otro lado, el TS también ignora la norma contenida en el art. 65-2 CP, de la cual se desprende que las circunstancias agravantes de naturaleza objetiva (o impersonal) sólo agravarán la responsabilidad de quienes hayan tenido conocimiento (actual) de ellas en el momento de realizar la acción[31]. Por tanto, y en consonancia con lo que se deduce del comentado art. 14-2, el art. 65-2 (sea porque este precepto se considera ya directamente aplicable a los subtipos agravados de la Parte especial, sea porque a estos les es aplicable una regla similar por analogía) obliga a entender que si el autor no tenía el conocimiento (*actual*) del hecho agravatorio el subtipo agravado no puede ser aplicado. Y en el caso *Prestige* tal conocimiento actual no existía porque el TS parte de la base de que solo concurría imprudencia (y no dolo) sobre el hecho cualificante del riesgo de deterioro catastrófico.

En conclusión, al apreciar indebidamente la concurrencia del subtipo agravado del art. 326 e) del CP, el TS impuso injustamente al capitán Mangouras una pena superior a la que merecía con arreglo a los preceptos del CP español, lo que obviamente supone una flagrante anticonstitucionalidad de la condena por una crasa vulneración de los principios de legalidad y de culpabilidad.

---

entrar en juego su posible comisión imprudente, respondiendo el sujeto sólo por el tipo básico" (Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, cit., pp. 255 s., NM 29-31).

[29] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Delitos contra el medio ambiente, Valencia 1999, pp. 105, 123 s. y 168. Con posterioridad vid. SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, Los delitos contra el medio ambiente, Barcelona 2012, pp. 165 s. y pp. 251 s.

[30] Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Las posibles responsabilidades penales en el "caso Prestige", en IeZ, Ingurugiroa eta Zuzenbidea -*Ambiente y Derecho*, 2003, nº 1, Bilbao, pp. pp. 14 s., n. 6; Os posíbeis delitos ecolóxicos do "caso Prestige", en E.J. Torres Feijó (ed.), A lección do "Prestige", Candeia Editora, Santiago de Compostela 2004, p. 230, n. 7; Posibles responsabilidades penales en el caso Prestige, en R. García Mira (ed.) Lecturas sobre el desastre del Prestige. Contribuciones desde las ciencias sociales, Instituto de Estudios e Investigación psicosocial X.V. Viqueira, A Coruña 2013, p. 253, n. 51. Vid. asimismo el ya citado trabajo publicado en R.P., 2014, pp. 239 s.

[31] A ello aludía también SILVA SÁNCHEZ, Delitos, cit., 1999, p. 123; vid. también SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, Los delitos, 2012, cit., p. 166.

5. El cúmulo de errores del TS sobre la caracterización del subtipo cualificado de la desobediencia del art. 326-b CP

En el FD 36 de la sentencia del TS se indica lo siguiente:

"Existió por parte del capitán Mangouras un comportamiento que, tal y como consideró la Sala sentenciadora, fue idóneo para integrar la base fáctica de un delito de desobediencia, lo que, una vez apreciada la existencia de un delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP, nos reconduciría al tipo agravado del artículo 326.b) CP vigente a la fecha de los hechos, prevalente respecto al 556 en atención al principio de especialidad, y a fin de evitar un supuesto de doble sanción (STS 875/2006 de 26 de septiembre). Eso sí, siempre que solventáramos las dudas que la doctrina ha planteado respecto a la posible comisión imprudente de esta modalidad agravada. Cuestión que en este momento no vamos a abordar en cuanto que, tanto optar por el supuesto del artículo 326 b) en modalidad imprudente, como por mantener la condena por el delito de desobediencia del artículo 556 CP, en concurso de delitos con el tipo básico del artículo 325 en su modalidad imprudente, implicaría tomar en consideración unos hechos que se han valorado para conformar una actuación que en su conjunto resultó gravemente imprudente y que contribuyó de esta manera en la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente. De ahí que volver a tomar en consideración esa secuencia fáctica para sustentar en ella bien una modalidad agravada o el delito del artículo 556 implicaría un supuesto de doble sanción vulnerador del principio non bis in ídem. Lo que necesariamente obliga a dejar sin efecto la condena que la Sala de instancia realizó por este último delito".

Son varios los errores dogmáticos en los que incurre el TS en este FD 36 con relación a la calificación jurídico-penal de la conducta de desobediencia del capitán.

El primero de ellos reside en que, en sintonía con el error expresado al examinar el subtipo cualificado del art. 326-e), el TS vuelve a apuntar que resultaría conceptualmente posible apreciar el subtipo agravado de la desobediencia del art. 326-

b) por imprudencia[32]. Por tanto, con respecto a este primer error me remito a lo que expuse *supra* en el epígrafe anterior.

El segundo error dogmático es ignorar que, en cambio, y frente a lo que equivocadamente da a entender el TS, lo que sí resultaría perfectamente posible es apreciar el subtipo cualificado doloso de la desobediencia del art. 326-b) con relación a un delito base de contaminación realizado por imprudencia (art. 325 en relación con el art. 331). En tal caso habría que aplicar, pues, la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico imprudente[33].

Por consiguiente, si el TS considera que existió imprudencia con respecto al hecho base de la conducta contaminante realizada por el capitán Mangouras, lo correcto dogmáticamente habría sido apreciar el subtipo cualificado de la desobediencia definido en el art. 326-b), puesto que del relato fáctico declarado probado en la sentencia de la Audiencia de A Coruña (asumido por el TS) se infiere con claridad que la desobediencia fue dolosa[34].

---

[32] Ciertamente, el TS introduce aquí una matización, al incluir la siguiente frase en el susodicho FD 36: "Eso sí, siempre que solventáramos las dudas que la doctrina ha planteado respecto a la posible comisión imprudente de esta modalidad agravada".

Conviene aclarar al respecto que, obviamente, el TS no se está refiriendo aquí a las dudas que suscitaría la apreciación de la comisión por imprudencia de todo subtipo cualificado, sino que alude a las dudas que a él le plantea apreciar la imprudencia en este concreto subtipo de la desobediencia, sobre la base de entender que la conducta de desobediencia sería *per se* incompatible con la imprudencia, mencionando al respecto a un sector doctrinal (que el TS no especifica).

Y, por cierto, convendría que el TS especificase cuál es la doctrina que expresa sus dudas, porque plantear tales dudas acerca de si cabe una desobediencia por imprudencia (a los efectos del art. 326) carece de todo sentido, como ya sabemos, desde el momento en que ningún subtipo cualificado puede ser aplicado si media imprudencia. De nuevo hay que insistir en que la cita de la "doctrina" carece aquí también de todo sentido, puesto que se trata de una cuestión zanjada por el CP español, que no deja margen alguno para la especulación doctrinal.

[33] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial), 5ª edición, Valencia 2015, p. 954 y bibliografía citada. Vid. más ampliamente LADRÓN PIJUAN, La posibilidad de comisión por imprudencia del art. 326 CP**,** en RCP, 1998, pp. 345 ss. y 352 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Delitos, cit., 1999, pp. 105 y 123, quien, a título de ejemplo, menciona expresamente el subtipo doloso de la desobediencia (así como el de la clandestinidad e incluso el riesgo de deterioro irreversible) con respecto a una conducta base de contaminación imprudente.

[34] De hecho, recuérdese que en la sentencia de la Audiencia se aplicó el delito (doloso) de desobediencia del art. 556 CP para castigar la conducta del capitán Mangouras.

Cuestión diferente es saber si en la conducta del capitán podría haber concurrido alguna causa de justificación (completa o incompleta) o un error de prohibición (cuando menos vencible), algo que podría tener base, a la vista de los hechos realmente sucedidos, pero que ni la Audiencia ni el TS se plantearon.

Y otra cuestión, también diferente, es que el TS no justifica debidamente la entrada en juego del subtipo cualificado de la desobediencia del art. 326-b).

En efecto, el TS argumenta que, comoquiera que la sentencia de la audiencia consideró que el comportamiento del capitán "fue idóneo para integrar la base fáctica de un delito de desobediencia", automáticamente surge el subtipo cualificado del art. 326 b), desde el momento en que se admita –como hace el TS- que existe un delito de contaminación del art. 325.

El tercer error dogmático en el que incurre el TS estriba en el modo de plantear y resolver las relaciones concursales entre el referido subtipo cualificado del art. 326-b) y el delito autónomo de desobediencia grave del art. 556.

Dicho de forma resumida, recordemos que el TS en el citado FD 36 nos viene a indicar que el delito de desobediencia del art. 556 (que es el que aplicó la Audiencia) quedaría consumido en el delito de contaminación imprudente del art. 325 en la medida en que la acción de la desobediencia contribuyó a conformar la grave imprudencia del capitán con respecto al hecho base de la contaminación.

Sin embargo, ante esta apreciación del TS cabe oponer que no se alcanza a comprender cómo (si respetamos las reglas de interpretación de las normas penales) se puede justificar que una conducta de desobediencia grave (dolosa) susceptible de ser subsumida en el art. 556 CP pueda quedar absorbida por el tipo básico del delito de contaminación imprudente del art. 325 en relación con el art. 331, por el mero hecho de que la aludida desobediencia fuese una de las (muchas) acciones que contribuyeron, en su conjunto, a conformar la producción y mantenimiento de unos vertidos idóneos para generar un peligro catastrófico para el medio ambiente[35].

Sin embargo, lo que sucede es que el automatismo que insinúa el TS no es correcto, puesto que en el art. 326 b) no se alude a una desobediencia a la autoridad sin más, sino que se trata de una desobediencia específica, que exige unos requisitos ulteriores, a saber: ha de tratarse de una desobediencia a "órdenes expresas" dictadas con el fin de que el destinatario "corrija o suspenda las actividades tipificadas en el artículo anterior".

Pues bien, sería muy discutible aceptar entonces la argumentación del TS, consistente en entender que "la base fáctica" que la sentencia de la Audiencia consideró probada para admitir un delito de desobediencia pudiese servir ya, sin más, para permitir aplicar el subtipo cualificado del art. 326 b). Y es que, para que ello fuese factible, habría que acreditar que el capitán era plenamente conocedor de que la orden dictada por la autoridad administrativa española iba dirigida a corregir o suspender una actividad contaminante y que, pese a ello, dolosamente quiso desobedecer dicha orden.

Pero sucede que si la conducta consistente en realizar una actividad contaminante por parte del capitán fue solo imprudente (como el propio TS reconoce), no sería posible apreciar entonces dolo en un subtipo agravado, porque si el capitán no sabía (con el conocimiento actual propio del dolo) que estaba realizando los elementos de un delito del art. 325, tampoco estaba en condiciones de conocer (con el conocimiento actual propio del dolo) que la orden que recibía consistía en "una corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior", ni por supuesto, tampoco estaba en condiciones de querer (elemento volitivo del dolo) hacerlo.

Más bien parece que, situados en tal hipótesis, concurriría también aquí un error vencible sobre el hecho cualificante ("orden dirigida a corregir o suspender las actividades tipificadas en el artículo anterior"), por lo que se trataría de la realización imprudente de un subtipo agravado, que no resulta punible en el CP español a la vista de lo dispuesto en los arts. 14-2 y 65-2, según indiqué más arriba.

[35] Recuérdese además que, según el propio TS, entre los múltiples factores que contribuyeron a conformar la "grave imprudencia del capitán" (vid. supra epígrafe II.2.2., donde recojo hasta seis factores diferentes), la desobediencia aparece como uno más, reconociéndose, desde luego, que no fue la causante del vertido sino que simplemente contribuyó a "incrementar el riesgo de contaminación y en consecuencia de catástrofe ecológica en la medida que demoró durante unas horas la posibilidad de controlar la embarcación y con ella el vertido incesante".

Por otra parte, sorprende también que el TS recurra a idéntico razonamiento (invocando la vulneración del principio *ne bis in* idem) para descartar asimismo la aplicación del subtipo cualificado del art. 326-b). Y sorprende porque (según acabo de señalar en nota a pie de página) este subtipo no describe una desobediencia sin más, sino precisamente una desobediencia a una orden expresa de la autoridad administrativa que consiste en "corregir o suspender las actividades (scil., contaminantes) tipificadas en al artículo anterior". Por tanto, si acogiésemos la lógica argumentativa del TS, este subtipo cualificado no se aplicaría nunca, puesto que la desobediencia que describe en el art. 326-b) siempre tiene que incidir en una previa actividad contaminante.

Pero dejemos a un lado tales elucubraciones y regresemos a la realidad de lo que define nuestro Código penal, puesto que las circunstancias fácticas declaradas por el TS como probadas plantean un interesante caso práctico que el TS no ha querido (o no ha sabido) resolver y que importa clarificar aquí.

En efecto, aceptemos por un momento (a los solos efectos didácticos) los hechos que el TS considera probados y su encaje típico, a saber, y en esencia: que existió una grave imprudencia en lo referente a la actividad de la contaminación y que concurrió una desobediencia (dolosa) que encaja en el art. 326-b. Si ello fuese así, es obvio que la calificación correcta habría sido (según indiqué más arriba) la de aplicar el delito de contaminación por imprudencia (art. 325 en relación con el art. 331), a lo que habría que añadir el subtipo cualificado del art. 326-b, habida cuenta de la presencia de una desobediencia dolosa a una orden que perseguía poner fin a la actividad contaminante.

Así las cosas, cabría preguntarse entonces: ¿cuál sería la relación concursal con el delito del art. 556?

Ya sabemos que, para el TS, el subtipo agravado del artículo 326-b) sería "prevalente respecto al 556 en atención al principio de especialidad"; pero recuérdese que el TS parte de una premisa errónea (como es la de entender que el referido subtipo agravado puede realizarse por imprudencia), con lo que la tesis de la relación de especialidad sería de todo punto insostenible a partir de tal premisa, porque un subtipo cualificado imprudente no puede ser nunca ley especial con respecto a un delito autónomo doloso.

Y, por supuesto, todo ello con la decisiva salvedad de que en los hechos declarados probados por la Audiencia (hechos que, insisto, el TS proclama respetar) constaba todo lo contrario: "*si sólo se considera acreditado el delito de desobediencia, de este delito no se deriva o con el mismo no se han causado los daños y perjuicios derivados del vertido del PRESTIGE*").

Ahora bien, si partimos de la premisa que considero correcta (el subtipo cualificado del art. 326-b ha de ser siempre doloso), sí tendría sentido plantearse la posibilidad de que concurra la aludida relación de especialidad que apunta el TS (o la de consunción que también se ha apuntado en la doctrina) de este subtipo con relación al delito del art. 556[36].

Ello no obstante, comparto la tesis de que esta conclusión dista mucho de estar clara por dos razones: de un lado, porque el art. 326 (también su sucesor el art. 327) incluye en su inciso inicial la cláusula "sin perjuicio de las (scil., las penas) que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código", cláusula que obviamente viene a salvar expresamente la posibilidad de castigar la conducta mediante otros preceptos del Código diferentes del delito de contaminación agravado; de otro lado, porque una desobediencia puramente formal (que supone la aplicación del art. 556) no integra el subtipo cualificado del art. 326, dado que la apreciación de este subtipo debe vincularse a la concurrencia de un mayor peligro para el medio ambiente, en la medida en que la desobediencia comporta la interrupción de un curso salvador de la Administración, encaminado a la tutela de dicho bien jurídico. En consecuencia, a la vista de ambas razones parece que la solución más adecuada al problema concursal planteado sería la de apreciar un concurso ideal de delitos[37].

6. La errónea argumentación del TS sobre la inaplicación del delito de daños a un espacio natural protegido del art. 330 CP o, en su caso, la errónea inaplicación de la agravación del art. 338 CP

El TS se plantea en su sentencia la posibilidad de que en el caso que comentamos pudiese ser aplicado el delito del art. 330 CP o, en su caso, la hiper-agravación contenida en el art. 338 CP. Ello no obstante, el TS descarta su aplicación, apelando a su "constreñimiento a los hechos probados".

En concreto, en el FD 39 literalmente se indica:

> "Más allá de cualquier análisis respecto a posibles relaciones concursales del citado artículo 330 CP, el rechazo a su aplicación viene justificado porque del relato de hechos de la resolución impugnada que, como ya hemos señalado con

[36] Vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE, P.E., 2015, cit., p. 954.

[37] Vid. en este sentido ya LADRÓN PIJUAN, La posibilidad, cit., pp. 356 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Delitos, cit., 1999, pp. 118 s.; SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, Los delitos, cit., 2012, p. 159. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, DPE, P.E., 2015, cit., p. 954, donde cito a otros penalistas que, como MUÑOZ CONDE, GÓMEZ RIVERO o PUENTE ABA), se inclinan también por esta solución.

anterioridad, nos constriñe, no se deducen los presupuestos que determinarían su aplicación. Ni en relación a la identificación del espacio protegido afectado, ni al daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal.

El relato de hechos de la sentencia impugnada habla de la afectación de 'espacios naturales', sin especificar mínimamente en que consistió ésta, o si entre ellos se incluyen alguno o algunos de especial protección. Solo singulariza en la identificación, que no en el alcance de la afectación, del 'Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia', lo que no resulta bastante para entender afectados algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo, cuya descripción habrá de buscarse en el instrumento normativo que declare el espacio en cuestión (en este sentido se pronunció la STS 876/2006 de 6 de noviembre).

Por las mismas razones hemos de rechazar la aplicación del artículo 338 CP incluido entre las disposiciones comunes no sólo a los delitos contra el medio ambiente, sino a todos los previstos en el Título XVI del Libro II del CP que reivindicaron los recursos del Fiscal, del Estado Francés, del Consejo de la Bretaña, de Aurelio Paulino y otros, de Amegrove y de Arco Iris.

Este precepto tiene ámbito de aplicación más amplio, en cuanto que afecta todo el Título XVI, y exige menores precisiones que el artículo 330 CP. El artículo 338 CP prevé la imposición de la pena superior en grado a las respectivamente previstas, cuando las conductas definidas en el citado Título 'afecten a un espacio natural protegido'. Así que, aunque pudiéramos entender que la alusión en el relato de hechos al Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia es suficiente para entender que se trata de un espacio protegido, lo que no resulta bastante a los fines de sustentar esta agravación es la falta de una mínima especificación respecto al grado e intensidad de la afectación. En este sentido, de conformidad con el criterio fijado en la STS 1664/2002 de 28 de marzo de 2003, la agravación contenida en el artículo 338 CP exige determinar qué concreto espacio natural ha sido afectado y de qué manera".

A la vista del contenido del FD 39 que se acaba de reproducir, hay que comenzar reconociendo que, ciertamente, en los hechos declarados probados en la sentencia de la SAP de A Coruña no hay una referencia completa y exhaustiva a la intensidad de la

afectación a los espacios naturales protegidos (otra de las múltiples deficiencias de esta sentencia), debido a que los magistrados coruñeses nunca se plantearon ya siquiera la posibilidad de apreciar delito ecológico alguno para cualquiera de los imputados.

Ahora bien, pese a dicho reconocimiento, cabe efectuar diversas precisiones.

La primera de ellas es que, si se lleva a cabo una lectura completa de la sentencia de la Audiencia (y se realiza un pequeño esfuerzo para la plena comprensión de sus términos), se puede llegar a la conclusión de que, en contra de lo que rotundamente sostiene el TS, de los hechos probados se deducen datos suficientes para integrar el elemento típico del "grave daño a un espacio natural protegido" (art. 330) o, al menos, el elemento de la "afectación a un espacio natural protegido" (art. 338).

En efecto, en el relato de hechos probados contenido en la sentencia de la Audiencia de A Coruña se indicaba:

> *"Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas (…).*
>
> *Las cuantías exactas de esas indemnizaciones habrán de fijarse de acuerdo con los criterios que se dirán, pero constan al menos determinados datos concretos, cuales son:*
>
> *1) (…)*
>
> *8) En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional marítimo terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.*
>
> *9) En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco."*

Y tales hechos deben ponerse en relación con lo que previamente se decía en el referido relato fáctico:

> *"2) Según un estudio realizado por investigadores de la USC, resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km. del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m2 de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, <u>todos los</u>*

ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos."

7) Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna en general han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA[38]*"* (el subrayado es mío).

Por consiguiente, del relato fáctico se deduce con claridad que el vertido proveniente del *Prestige* afectó muy gravemente (extensa e intensamente) a multitud de espacios naturales protegidos, proyectándose sobre "todos los ecosistemas marinos" y causando "perjuicios extensos y persistentes" sobre las aves y la fauna de las ZEPA.

A la vista de ello, ¿cómo es posible que el TS llegue a afirmar que el relato de los hechos probados de la sentencia de la Audiencia "no especifica mínimamente en qué consistió la afectación a los espacios naturales protegidos", ni alude al "daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal"?.

Por lo demás, conviene subrayar que dogmáticamente no habría habido obstáculo alguno para aplicar el delito del art. 330 en relación con el art. 331, desde el momento en que el delito de daños en un espacio natural protegido es un delito autónomo que admite la versión imprudente: el daño al espacio protegido es un elemento constitutivo de un tipo independiente y no entra en juego el art. 14-2 en materia de error.

Por otra parte, aun admitiendo como hipótesis de trabajo que no pudiese ser aplicado el delito del art. 330, el TS tendría que haber aplicado la hiper-agravación incluida en el art. 338, puesto que este precepto no contiene ya la expresión "algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo", y solo alude a la "afectación a algún

[38] Sin duda, el TS demuestra no saber qué es lo que se esconde bajo el acrónimo ZEPA, pese a que ya en los propios hechos probados de la sentencia de instancia se aclaraba brevemente su significado en la nota 28: "Zona de especial protección para las aves, que es una categoría de área protegida catalogada por los estados miembros de la Unión Europea como zonas naturales de singular relevancia para la conservación de la avifauna amenazada de extinción".

Si hubiese tenido un mínimo de interés en profundizar en el concepto de la ZEPA, el TS se habría percatado de que, más precisamente, se trata de una categoría catalogada por la UE de acuerdo con lo establecido en la directiva comunitaria 79/409/CEE y modificaciones subsiguientes («Directiva sobre la Conservación de Aves Silvestres» de la UE). La Directiva parte del reconocimiento de que las aves del territorio europeo son patrimonio común y han de ser protegidas a través de una gestión homogénea que conserve sus hábitats. Los estados miembros de la UE asumen la obligación de salvaguardar los hábitats de aves migratorias y ciertas aves particularmente amenazadas.

Junto con las Zonas Especiales de Conservación (ZEC), las ZEPA forman una red de lugares protegidos por toda la Unión Europea, llamada Natura 2000.

espacio natural protegido" (sin especificar siquiera que esta tenga que ser "grave"), con lo que el cumplimiento de este presupuesto típico no plantearía problema alguno, a tenor de los hechos declarados probados por la Audiencia.

Por tanto, de acuerdo con los hechos probados y de acuerdo con su (errónea) premisa de poder aplicar los subtipos agravados aunque medie solo imprudencia (como hizo con el art. 326-e), el TS debería haber aplicado (si hubiese sido coherente) además el art. 338. Eso sí, a pesar de esta incoherencia en su argumentación, el TS acertó en cuanto a la conclusión de no aplicar el art. 338, habida cuenta de que esta agravación no podría haber sido aplicada aquí por las mismas razones por las que no podría haberlo sido el subtipo agravado del art. 326 e), según expliqué más arriba.

Finalmente, con relación a la no aplicación del delito del art. 330 (o, en su caso, la hiper-agravación del art. 338) resulta sumamente interesante efectuar un par de reflexiones de índole político-criminal.

La primera es que la entrada en juego de dicho delito (o de la hiper-agravación) comportaría la elevación de la pena de prisión con la que se castigaría al capitán Mangouras de una manera tal que superaría con creces los dos años de privación de libertad. Y probablemente hasta al propio TS le habría parecido una pena desproporcionada a la vista del comportamiento del capitán. Ante la imposibilidad de castigar a las personas físicas del entorno del armador y asegurada la atribución de la responsabilidad civil derivada de delito por el mero hecho de condenar al capitán (no nos engañemos, el fin primordial del juicio en el caso *Prestige*), no había necesidad preventiva alguna (ni general, ni especial) de castigar con dureza al cabeza de turco por un comportamiento que ni él ni los expertos en navegación marítima ni la mayoría de la sociedad en general consideraron jurídico-penalmente reprobable.

La segunda reflexión político-criminal que procede efectuar reside en el hecho de que si el TS hubiese aplicado el delito del art. 330 (o la hiper-agravación del art. 338) se habría visto obligado a plantearse la interesante cuestión de la imputación objetiva de estos "segundos daños" (los referentes a los espacios protegidos) a la conducta inicial del capitán o a la *intervención posterior* de las autoridades de Fomento. Y si, ante este planteamiento, hubiese leído mi comentario a la sentencia de la Audiencia de A Coruña

(o cualquier buen Manual de Derecho penal)[39] habría tenido que llegar a la conclusión de que tal imputación objetiva debería ser descartada, puesto que dichos "segundos daños" no podrían ser concebidos como "concreción del riesgo creado con el comportamiento" del capitán Mangouras, o sea, no serían consecuencia directa de la infracción del cuidado exigible, en el sentido de que no encajan en el "fin de protección de la norma". Faltaría la necesaria "relación de riesgo" (o "nexo de antijuridicidad") entre el resultado dañoso definido en el art. 330 y la conducta del capitán. Ahora bien, la razón de ello estriba en que tales resultados serían atribuibles a una "esfera de responsabilidad ajena", a saber la de las autoridades de Fomento, cuya *intervención posterior sustituyó* o *desplazó* el riesgo originario (el creado por el accidente inicial o, en su caso, por la conducta del capitán) por un nuevo riesgo (la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal) que entra privativamente en su esfera de responsabilidad[40].

En fin, repárese en que, al eludir la aplicación del delito del art. 330 (o, en su caso, la de la agravación del art. 338), el TS evitó pronunciarse sobre lo que ineluctablemente tendría que haberse pronunciado: la exclusiva (o, cuando menos, preponderante) responsabilidad penal de las autoridades de Fomento por los daños a los espacios naturales protegidos.

7. La errónea argumentación sobre la inaplicación del delito de daños patrimoniales del art. 267 CP

El TS se plantea también en su sentencia la posibilidad de que en el caso que comentamos pudiese ser aplicado el delito de daños patrimoniales del art. 267 CP. Ello no obstante, descarta su aplicación merced a una argumentación que es, de nuevo, errónea.

En concreto, en el FD 37 literalmente se indica:

[39] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., pp. 236 s. En general, sobre estos de "resultados imputables a la esfera de responsabilidad ajena" en el seno de la interpretación del fin de protección de la norma vid. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, cit., L. 15/74 ss., pp. 210 s.

[40] En efecto, cuando se produjo el vertido inicial, no se había producido el daño a los espacios naturales protegidos (en Galicia, señaladamente el Parque Nacional de las Islas Atlánticas, además de otros espacios de especial interés ecológico como el Parque Natural de Corrubedo o las Lagunas de Baldaio y Valdoviño). Por tanto, cabría sostener que, en términos jurídico-penales, fue precisamente la decisión de alejar el buque de la costa rumbo hundimiento y hacia el temporal la que creó el riesgo (o, cuando menos, la que lo incrementó decisivamente) de que se produjese este nuevo delito.

"El peligro descrito se materializó en la catástrofe ecológica producida, lo que nos reconduce a posibles relaciones concursales entre el delito apreciado y el de daños imprudentes.

En el ámbito del derecho medioambiental se plantean, como en otros delitos de peligro, especiales problemas concursales cuando el peligro creado se concreta además en resultados materiales. Así en este caso, el vertido idóneo para crear el riesgo que sanciona el artículo 325, se concretó en los resultados que ya se han especificado, lo que obliga a determinar la relación entre el delito de peligro y el de lesión, si de concurso de leyes o de delitos, análisis que no puede orillar la dimensión colectiva de aquel delito que protege intereses supraindividuales que suman las posibles individualidades materiales. En todo caso la regla fundamental es evitar el bis in ídem.

Existe una consolidada doctrina de esta Sala a tenor de la cual, en casos en que el peligro típico se concreta en lesiones o muerte de alguna persona, se aprecia un concurso entre el delito de peligro y el de lesión (entre otras 463/2013 de 16 de mayo y la 244/2015 de 22 de abril).

Cuando de bienes materiales se trata, la STS 1828/2002 de 25 de julio admitió la relación de concurso entre un delito contra el medio ambiente y otro de daños imprudentes, pero en ese caso tales daños estaban perfectamente identificados sobre unos bienes de titularidad individual, que no colmaban todos los que podían provocarse a consecuencia del peligro generado.

En el presente caso el relato de hechos probados describe con carácter general los efectos producidos por el fuel procedente del Prestige, entre los que no se concretan bienes jurídicos personales, solo materiales. Se describen las consecuencias del vertido provocado con cierta generalidad, lo que dificulta no solo individualizar los distintos titulares afectados, sino también el alcance mismo del deterioro producido, y con ello, delimitar algunos conceptos con relevancia típica. Es decir, lo que integra daño en sentido jurídico penal y como tal presupuesto objetivo del delito que obtiene de él nombre. El daño entendido como destrucción de la cosa (equivalente a la pérdida total de su valor), inutilización (desaparición de sus utilidades y cualidades) o menoscabo del objeto mismo que consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento a su integridad o su valor. Concepto distinto de otros efectos que son un perjuicio derivado del riesgo

creado, pero no suponen daño en sentido estricto, tales como los gastos realizados para limpiar las costas u otros.

De esta manera las pretensiones del Fiscal y de Proinsa y el Consejo Regional de Bretaña que solicitaron la apreciación de un delito de daños en concurso con aquél no pueden prosperar. No pueden considerarse rechazadas, sin embargo, las del Abogado del Estado y el de la Xunta de Galicia porque, si bien ambos plantearon la calificación de daños imprudentes, lo hicieron como subsidiaria a la de delito medioambiental".

En lo que atañe al contenido de este FD 37, procede efectuar diversas matizaciones.

La primera es la que suscita la errónea caracterización del bien jurídico del delito ecológico de contaminación del art. 325 como un bien de "dimensión colectiva (…) que protege intereses supraindividuales que suman las posibles individualidades materiales".

Ante semejante caracterización hay que oponer que, ciertamente, este delito tutela un bien jurídico de dimensión colectiva y supraindividual, pero se trata de un bien jurídico que en modo alguno puede identificarse con la "suma de las posibles individualidades materiales".

El bien jurídico del tipo básico del delito de contaminación de los apartados 1 y 2-pfo. 1º del vigente art. 325 (el denominado medio ambiente ecocéntrico) no equivale a la suma de las posibles individualidades, porque se trata de un bien jurídico colectivo inmaterial no reconducible a bienes jurídicos individuales. Por tanto, pertenece al grupo de los delitos orientados a la tutela de bienes supraindividuales de carácter social general sin referente individual, porque no exige necesariamente un peligro para bienes individuales, a diferencia de lo que sucede con el medio ambiente antropocéntrico (art. 325-2, párrafo 2º), que requiere un riesgo para "la salud de las personas"[41].

Ello significa que las relaciones entre dicho delito de contaminación y el de daños patrimoniales será siempre, sin duda, las propias de un concurso de delitos[42].

[41] Sobre el bien jurídico en el delito de contaminación, vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2016, cit., pp. 184 ss. y 205 s.

[42] Vid. por todos ya SILVA SÁNCHEZ, Delitos, cit., 1999, pp. 140 s.; SILVA/MONTANER, Los delitos, cit., 2012, p. 220. En referencia al caso Prestige, vid. mi comentario a la sentencia de la Audiencia de A Coruña en MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., p. 240, en atención a las razones que expongo a continuación en el texto.

En efecto, y centrándonos en el caso *Prestige*, existiría siempre un delito imprudente de daños (art. 267), en la medida en que la marea negra no sólo afectó al valor ecológico (interés jurídico de toda la comunidad) sino al patrimonio individual de las personas, al poseer una dimensión puramente patrimonial individual y aparecer concretado en el detrimento que experimenta la propiedad ajena (piénsese en los daños causados a bateas, depuradoras, piscifactorías, útiles de pesca, etc.,).

Esta conducta se castigaba como delito en el momento de los hechos con la pena de multa de tres a nueve meses, siempre que los daños fuesen "causados por imprudencia grave y en cuantía superior a 60.101,21 euros {en la actualidad 80.000 euros}" (art. 267, párrafo 1º). Este delito entraría en concurso de delitos con las citadas figuras delictivas contra el medio ambiente, en atención a la distinta naturaleza del bien jurídico protegido, representado en el art. 267 por el detrimento que experimenta la propiedad ajena (dimensión puramente patrimonial individual), y que se diferencia del bien jurídico que se pretende tutelar a través de los delitos contra el medio ambiente. El concurso habría de ser calificado, asimismo, de ideal, habida cuenta de que se trata de resultados imprudentes.

Aclaradas estas cuestiones de dogmática jurídico-penal, hay que efectuar una segunda matización con relación a lo expuesto en el citado FD 37 de la sentencia del TS sobre la individualización de los daños patrimoniales.

Citando su propia jurisprudencia, el TS reconoce la relación concursal que puede llegar a existir entre un delito contra el medio ambiente y otro de daños imprudentes, pero aclarando que tal cosa es posible solo cuando (como sucedió en la STS 1828/2002 de 25 de julio) "tales daños estaban perfectamente identificados sobre unos bienes de titularidad individual, que no colmaban todos los que podían provocarse a consecuencia del peligro generado". Y esta circunstancia no concurría, en cambio, a su juicio, en el caso *Prestige*, dado que en este "se describen las consecuencias del vertido provocado con cierta generalidad, lo que dificulta no solo individualizar los distintos titulares afectados, sino también el alcance mismo del deterioro producido, y con ello, delimitar algunos conceptos con relevancia típica".

En resumidas cuentas, el TS nos viene a decir que del relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia no se puede desprender la existencia de unos daños patrimoniales sobre bienes de titularidad individual, suficientemente determinados (en

cuanto al alcance del deterioro y a los distintos titulares afectados) para integrar el resultado típico del art. 267.

Ahora bien, frente a lo sostenido por el TS, cabe oponer que, aunque la sentencia de la Audiencia fue también deficiente en este punto, porque los magistrados nunca se plantearon la posibilidad de que hubiese habido imprudencia alguna (ni por parte del capitán ni por parte de las autoridades españolas), lo cierto es que la existencia de daños patrimoniales fue evidente y además de gran cuantía, según se refleja expresamente en relato fáctico:

> *"Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico.*
>
> *Las cuantías exactas de esas indemnizaciones habrán de fijarse de acuerdo con los criterios que se dirán, pero constan al menos determinados datos concretos, cuales son:*
>
> *1) En concreto, según fuentes oficiales, se estima que fueron 63.000 toneladas de fuel las derramadas por el Prestige, generando 170.700 toneladas de residuos, y unas 14.950 toneladas de fuel en los dos pecios del barco (14.250 en proa y 700 en popa).*
>
> *2) Según un estudio realizado por investigadores de la USC, resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km. del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m2 de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos.*
>
> *(…)*
>
> *10) Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003.*

11) Los intereses privados y peculiares de las partes personadas en el procedimiento han sido cuantificados en los términos reseñados en los antecedentes de hecho de esta resolución"[43].

A la vista de lo que se acaba de transcribir, ¿cómo es posible que el TS pueda llegar a afirmar que no está suficientemente caracterizado e individualizado el daño patrimonial causado por el *Prestige* en la cuantía requerida por el art. 267?

Finalmente, procede añadir que, *mutatis mutandis*, sería trasladable aquí, en relación con el delito del art. 267, la segunda reflexión político-criminal realizada en el epígrafe anterior (con respecto al delito del art. 330), en el sentido de que si el TS hubiese optado por aplicar el delito del art. 267 se habría visto obligado a plantearse la cuestión de si todos los daños patrimoniales podrían ser objetivamente imputados a la conducta inicial del capitán o si, más bien, la mayoría de ellos tendrían que haber sido imputados a la maniobra de alejamiento del buque ordenada por el ex-director general de la Marina Mercante y a la consecuente extensión de la marea negra.

III. EL ERRÓNEO MANTENIMIENTO DE LA ABSOLUCIÓN DEL EX-DIRECTOR GENERAL DE LA MARINA MERCANTE

1. La desigualdad de trato dispensada por el TS al ex-director general en comparación con el capitán Mangouras, en cuanto a la doctrina sobre los límites a la facultad de revisión de sentencias absolutorias en la instancia

Según indiqué supra en el epígrafe I, el TS ratificó en su sentencia la absolución del ex-director general de la Marina Mercante, José Luis López-Sors, que había sido decretada por la Audiencia de A Coruña.

Dicha absolución de la Audiencia había sido recurrida en casación por diversas partes acusadoras, que habían solicitado la condena del ex-director general.

Pues bien, esta negativa del TS a revisar la absolución del ex-director general nos interesa aquí desde un doble punto de vista: por un lado, desde la perspectiva de su motivación formal; por otro lado, desde una perspectiva material, en lo que atañe a la

[43] Vid. la Sentencia de la Audiencia de A Coruña (pp. 161 ss.). Los intereses privados a los que alude la sentencia en el referido apartado 11, se describen, efectivamente, en los antecedentes de hecho, donde se señalan multitud de cofradías y de empresarios que se detallan en los números 14 a 42 de dichos antecedentes, reseñando perjuicios que, desde luego, sumaban bastantes millones de euros.

Por lo demás, repárese en que obviamente se cumplía la condición de perseguibilidad, exigida en el párrafo segundo del art. 267.

indebida inaplicación de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales.

Vayamos por partes, analizando en este epígrafe la primera de tales perspectivas.

En lo que concierne a ella, el interés de la sentencia del TS en este punto reside en la desigualdad de trato que el TS dispensa al ex-director general en comparación con el que otorga al capitán Mangouras a la hora de establecer los límites a la facultad de revisión por parte del Tribunal de casación.

En efecto, según se razonaba acertadamente en el recurso de nulidad y en el recurso de amparo presentados por el letrado defensor del capitán Mangouras, el TS evidencia en su sentencia, al examinar la conducta del ex-director general, que el Tribunal conoce y aplica los límites constitucionales a la revisión de sentencias de instancia absolutorias, a diferencia de lo que sucede en el caso del capitán Mangouras.

Así, cuando el TS se plantea si el ex-director general podría haber sido responsable de los delitos que se le imputaban por diversas partes acusadoras, al negarse a refugiar el buque y ordenar su alejamiento, argumenta lo siguiente en el FD 53:

> "El alcance de la revisión que nos corresponde efectuar se encuentra encorsetado a consecuencia del carácter absolutorio del fallo impugnado, lo que veta en este momento una revaloración de la prueba que no hemos presenciado y que no es posible sin audiencia del acusado. Audiencia que, según consolidada doctrina de Sala, no tiene cabida en el recurso de casación. Sólo es posible la revisión de la inferencia jurídica que realizó el Tribunal de instancia a partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida y el de la racionalidad de la valoración desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (…).
>
> Ahora bien, también hemos dicho que la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas… Sólo en los casos excepcionales en que la interpretación de la prueba haya sido absolutamente arbitraria, es decir, irracional o absurda (…) cabe revocar por este motivo una sentencia absolutoria. Y aun en tales casos este Tribunal de casación no puede substituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no

puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen".

Pues bien, a la vista de lo expuesto en este FD 53 de la sentencia del TS, hay que compartir lo que se arguye en los aludidos escritos presentados por la defensa del capitán Mangouras, en el sentido de que resulta verdaderamente sorprendente que, cuando se refiere al ex-director general, el TS asegure con tanta rotundidad que, incluso no compartiendo la racionalidad del Tribunal *a quo* en la interpretación de las pruebas, nunca podría revisar esa interpretación, sino sólo anularla en los casos extremos de que fuera irracional o absurda, mientras que, por el contrario, en el caso del capitán Mangouras haya entrado como elefante en una cacharrería (la expresión es mía) en la revisión de los hechos y de las inferencias que de ellos obtuvo el Tribunal de instancia, simplemente porque en su particular criterio no eran las correctas o más adecuadas.

En efecto, recuérdese que en los FD 25 a 33 (comentados detenidamente *supra* en el epígrafe II.2.2.) el TS reevalúa determinados hechos e infiere de ellos unas conclusiones distintas a las obtenidas por la Audiencia, con lo cual sustituye los razonamientos del tribunal de instancia por otros que al TS le parecen más correctos, modificando los juicios lógicos de inferencia.

Así las cosas, y en síntesis, repárese en que lo que fue posible en el caso del capitán Mangouras, se reveló imposible en el caso del ex-director general, con respecto al cual el TS afirma con rotundidad que tales reevaluaciones y modificaciones no podían ser llevadas a cabo, con la excepción del caso límite de que los juicios del tribunal de instancia fuesen absurdos o arbitrarios e, incluso en ese excepcional supuesto, con la consecuencia inevitable de la nulidad de la Sentencia y la devolución de la causa al Tribunal de instancia.

2. La indebida inaplicación de los delitos contra el medio ambiente y del delito de daños patrimoniales, en lo referente a la conducta del ex-director general

En cuanto a la segunda de las perspectivas anteriormente apuntadas, cabe asegurar que lo verdaderamente grave de la sentencia del TS fue mantener la absolución del ex-director general, cuando lo cierto es que existían sobradas razones para revisar la sentencia de instancia, sin alterar los hechos probados, a la vista de los numerosos y

crasos errores jurídico-penales en los que incurrió la sentencia de la Audiencia de A Coruña, según expuse en mi comentario a esta última resolución[44].

En concreto, y expresado del modo más sintético posible, cabe recordar aquí que la absolución del ex-director general se basó, ante todo, en un erróneo entendimiento de la naturaleza jurídica de la imprudencia en Derecho penal así como de los requisitos del delito imprudente (en particular, errónea comprensión del papel que desempeñan las medidas previas de preparación e información, errónea valoración de la comparación de males, errónea caracterización de la autoría en los delitos imprudentes y, en fin, erróneo entendimiento de la imputación objetiva en los casos de "segundos daños" causados por una intervención posterior a la lesión inicial en los delitos de los arts. 325 y 330, en relación con el art. 331, y en el delito del art. 267). A mayor abundamiento, hay que recordar que en la sentencia de la Audiencia se desconocía en qué consiste la posición de garante y, consecuentemente, cómo hay que caracterizar la institución de la comisión por omisión en Derecho penal; asimismo, se interpretaba erróneamente el requisito de la accesoriedad administrativa, tanto en relación con el delito del art. 330 (que no la exige) como en relación con el delito del art. 325.

Tales errores eran de tanta trascendencia que la presencia de uno solo de ellos debería haber servido ya, a mi juicio, para casar la sentencia de la Audiencia. Y dejo a la imaginación del lector las medidas que el TS tendría que haber tomado, a la vista de la concurrencia de todos los errores mencionados.

Por lo demás, al no enmendar ninguno de dichos errores, hay que entender que el TS los asume en su totalidad, con lo que estos errores tienen que ser imputados también al alto Tribunal, puesto que los magistrados del TS que firmaron la sentencia se hallaban en posición de garante con respecto a la sentencia de la Audiencia sometida a su consideración (su omisión equivale a causar dichos errores por acción) y, por tanto, son responsables de todos los aludidos errores a título de comisión por omisión.

De este modo, en suma, a los errores cometidos por el TS por acción en su sentencia, que sirvieron para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal del capitán Mangouras, hay que añadirles (por omisión) todos los errores incluidos en la sentencia de la Audiencia de A Coruña, que sirvieron para exonerar de responsabilidad criminal al ex-director general, López-Sors.

[44] Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, R.P., 2014, cit., pp. 228 ss.

En fin, también desde esta segunda perspectiva, que he denominado *material*, baste con indicar que causa verdadero estupor que el TS haya revisado la sentencia de la Audiencia por infracción de ley en el caso de la conducta del capitán Mangouras y que no la haya revisado en el caso de la conducta de López-Sors, cuando la absolución de este se basó en un cúmulo de errores jurídico-penales tan evidente para cualquiera.

IV. CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICO-JUDICIALES: UN PANORAMA DESOLADOR

La experiencia adquirida como comentarista jurídico en el caso *Prestige*, desde que empecé como columnista de prensa allá por diciembre de 2002 hasta el presente comentario, me ha servido para obtener unas certezas que siempre había barruntado pero que, sinceramente, me resistía a considerar como verdades apodícticas, unas certezas que ensombrecen hasta tal punto el panorama judicial (y fiscal) español que me llevan a calificarlo de desolador.

No es este el lugar apropiado para explayarse en el relato de otro panorama diferente (al margen del judicial), que, desde luego, merecería ser expuesto con detenimiento, y que debería ser calificado no ya de desolador sino de aterrador. Me refiero a toda esa amplia gama de medidas de presión, desde las muy groseras hasta las más sutiles, que hemos sufrido aquellos que, desde nuestra completa independencia[45], intentamos que aflorase a la opinión pública la verdad científica, jurídica y política en el caso *Prestige*. Unas presiones que, evidentemente, provenían ante todo de quienes gobernaban políticamente en España y en la Xunta de Galicia, pero que también procedían de un amplio espectro de poderes fácticos (medios de comunicación incluidos) que por diferentes razones (algunas a buen seguro inconfesables) se alinearon con las tesis gubernamentales.

Centrémonos, pues, en el aludido panorama judicial que nos ofrece el caso *Prestige* y que nos proporciona una auténtica lección jurídica distópica.

Un largo y negro primer capítulo fue escrito ya por el fiscal encargado del caso, quien condujo su participación en la instrucción de una manera tal que se acabó convirtiendo en el mejor y más eficaz baluarte en la defensa de las autoridades del

[45] Constituye un verdadero sarcasmo que, en cambio, se les llenase la boca con la palabra *independencia* a ciertos medios de comunicación, defensoras (de forma abierta en unos casos, taimada en otros) de la actuación de las autoridades españolas, que recibían cuantiosas subvenciones de los gobiernos de turno, imprescindibles para su subsistencia.

Ministerio de Fomento. De semejante actuación me ocupé con detenimiento en diversas columnas de prensa, a las que me remito[46], bastando con que destaque aquí en particular, de forma resumida, que tal actuación tuvo una intervención determinante en la instrucción, señaladamente en la selección de los peritos judiciales, decisiva luego para conseguir la absolución del exdirector general de la Marina Mercante. A mayores, las calificaciones jurídicas de la fiscalía comportaron diversos errores jurídico-penales, que acabaron por contagiar a todas las sentencias dictadas por los órganos judiciales encargados del caso, incluido el propio Tribunal Supremo.

El segundo capítulo de la negra historia del caso *Prestige* fue redactado por los diversos jueces que sucesivamente fueron ocupándose de la instrucción en el juzgado de Corcubión.

Si existe un caso paradigmático que, por diversas (y extraordinarias) razones, debería haber sido instruido por un juez especial, este era el caso Prestige. Sin embargo, la instrucción quedó encomendada a un juzgado con escasísimos medios materiales y a cargo de jueces con poca experiencia (incluyendo aun una jueza sustituta), desembocando en el tan criticable como revelador auto de 18-3-2009 que ponía fin a la instrucción, dictado por la, a la sazón, titular del Juzgado nº 1 de Corcubión[47].

El tercer capítulo de la negra historia fue obra de los magistrados de la sección 1ª de la Audiencia provincial de A Coruña que integraron la sala encargada de dictar sentencia.

Aquí los errores son ya mucho más imperdonables, puesto que se presume que en una Audiencia provincial española tales errores sobre conceptos muy básicos del Derecho penal no deberían existir. Sin embargo, como puse de relieve en mi comentario a esta sentencia, la cadena de disparates jurídico-penales es verdaderamente llamativa

---

[46] Vid., principalmente, las siguientes columnas de prensa que publiqué en el diario *El País (edición de Galicia)*: **La prueba pericial del Prestige** del 23-4-2007, **Los peritajes del "Prestige"** del 17-11-2008, **Pseudoperito y parcial** del 7-4-2009, **El fiscal y el "Prestige"** del 20-4-2009, relativas, fundamentalmente, al apoyo prestado por el fiscal, Álvaro García Ortiz, al dictamen pericial del ingeniero naval Santiago Martín Criado, que no solo era un pseudoperito, sino que además incurría en un caso clarísimo de pérdida de imparcialidad objetiva, como lo entendió el propio tribunal sentenciador en un auto sobre cuestiones preliminares.

Por lo demás, no puedo dejar de mencionar que mantuve una conversación (breve, pero muy ilustrativa para mí) con dicho fiscal a petición suya y en presencia de un periodista del diario *El País* (José Precedo).

[47] La inconcebible valoración de las pruebas, la enorme cantidad de errores jurídicos contenidos en dicho auto y la propia ininteligibilidad lingüística del texto redactado por la jueza Carmen Veiras Suárez fueron también comentadas por mí en una columna de prensa, titulada **El auto sobre el "Prestige"**, publicada en *El País (edición de Galicia)* el 26-3-2009.

desde la perspectiva del estado actual de la doctrina jurídico-penal que estamos acostumbrados a leer en España y en los restantes país europeos de nuestro entorno.

Los poderes públicos (señaladamente el CGPJ) deberían indagar cuáles son las razones que permitan explicar cómo es posible que en la actualidad pueda dictarse en España una sentencia tan deplorable desde el punto de vista técnico en una Audiencia Provincial, algo que, por lo demás, no es un hecho aislado en las sentencias dictadas en el seno de otras Audiencias españolas.

Me limito a aventurar algunas de dichas razones, cuyas fuentes provienen tanto de mi experiencia profesional como de mis vivencias.

Desde hace ya bastantes años los alumnos se han venido licenciando o graduando en Derecho con unos muy deficientes conocimientos de Derecho penal (y no hablemos de lo que nos espera tras los últimos planes de estudios, con Bolonia como estandarte). Posteriormente, esos muy deficientes conocimientos no se van a ver mejorados con el actual sistema de concurso-oposición a las carreras judicial y fiscal. El lamentable sistema de oposición del turno ordinario no permite acreditar la posesión de verdaderos conocimientos de Derecho penal, puesto que el opositor se limita a recitar, como un papagayo, un contenido acrítico de preceptos del Código penal y a exponer una mínima y trasnochada doctrina jurídica, con lo que lo único que nos demuestra tal sistema, en el mejor de los casos, es que el opositor posee memoria y capacidad para aguantar física y mentalmente unos cuantos años de estudio en duras condiciones[48]. Por su parte, cabría pensar entonces, *prima facie*, que el sistema del denominado tercer y cuarto turnos podría servir precisamente para captar a profesionales que se han caracterizado por una acreditada trayectoria jurídica previa y, consecuentemente, por demostrar no solo conocimientos jurídicos sino también inteligencia y capacidad de razonamiento; no obstante, desgraciadamente esta vía tiene que estar condenada al fracaso en un país como España, puesto que la experiencia nos demuestra que en no pocos casos ha sido utilizada para incorporar a la carrera judicial a personas que casualmente resultaban ser familiares o allegados de influyentes altos cargos de los gobiernos de turno o de destacados miembros de las carreras judicial y fiscal.

[48] Ahora bien, esa capacidad de resistencia, puesta a prueba durante esos años, conlleva el indeseable efecto secundario de que, como contrapartida, la capacidad de raciocinio y de sindéresis puede quedar seriamente deteriorada tras desplegar un esfuerzo tan absurdo y baldío.

Así las cosas, podría pensarse todavía que el paso por la Escuela Judicial y el posterior trabajo ya como profesional de carrera va a proporcionar al juez (o fiscal) español los conocimientos de Derecho penal que hasta entonces no había podido adquirir, así como la necesaria capacidad crítica para saber interpretar una norma y aplicarla al caso concreto. Nada más lejos de la realidad. Al comenzar su vida profesional, nuestro juez entra en una infernal y esterilizante espiral de trabajo que le incapacita para adquirir tales conocimientos y le obnubila la capacidad de raciocinio. Y a ello hay que añadir esa peculiaridad hispánica, consistente en que un juez dedicado durante muchos años a una determinada especialidad jurídica pueda transmutarse de pronto en juez de otra especialidad diferente: nunca pude entender, por ejemplo, cómo un juez dedicado durante muchos años al Derecho laboral pueda convertirse por arte de magia en un magistrado especialista en Derecho penal en una Audiencia o en un Tribunal Superior (caso real), cuando estudió la asignatura de Derecho penal bajo la vigencia del Código penal anterior. Y máxime cuando uno se encuentra con magistrados que alardean públicamente de no haber leído libro alguno de Derecho penal desde sus estudios de licenciatura (caso también real).

En fin, el cuarto capítulo de la negra historia del caso *Prestige* viene integrado por la actuación del propio Tribunal Supremo. Y aquí la cosa se vuelve ya intolerable, porque estamos hablando de magistrados de dilatada trayectoria jurídica[49] que, por el cargo que ocupan y la función casacional que desempeñan, deberían poseer muy sólidos conocimientos de Derecho penal. Pues bien, la enseñanza que nos proporciona el caso *Prestige* nos deja una postrera y triste lección jurídica también en este ámbito, tal y como he intentado demostrar en el presente trabajo.

El hecho de que cinco magistrados del TS, con el correspondiente apoyo del cuerpo de letrados con que cuenta el alto tribunal, hayan incurrido en errores jurídico-penales tan relevantes, incluyendo un entendimiento erróneo de preceptos básicos del Código penal español, debería hacernos reflexionar a todos. Y sobre todo cuando se

[49] Con todo, con ser cierta la dilatada trayectoria jurídica de dichos magistrados, tampoco puede asegurarse que en la Sala Segunda del TS se hallen necesariamente los mejores especialistas en Derecho penal, si se atiende al criterio de selección de sus integrantes. En efecto, si tenemos en cuenta que tales magistrados son elegidos por el CGPJ, y que los miembros de este órgano son, a su vez, elegidos por los partidos políticos a través del Parlamento, se comprenderá la influencia que la política posee en el nombramiento de dichos magistrados. Ello conduce a que en no pocos casos los elegidos para el alto tribunal sean destacados miembros de las (politizadas) asociaciones judiciales a la sazón dominantes o magistrados que los partidos políticos consideren afines a sus posiciones ideológicas. Obviamente, ni que decir tiene que estas condiciones personales no aportan *per se* relevantes conocimientos jurídico-penales.

trata de errores que podrían haberse evitado con la simple lectura de un buen Manual de Derecho penal o de aquellos trabajos específicamente destinados a analizar las resoluciones judiciales previamente dictadas en el caso *Prestige*.

Sabido es el secular divorcio existente en España entre la jurisprudencia y la doctrina, de tal manera que, salvo honrosas excepciones, las sentencias dictadas en materia penal han venido basándose en argumentos (algunas veces pintorescos, por decirlo de modo un tanto eufemístico) que discurren de espaldas a las contribuciones doctrinales (en ocasiones de espaldas incluso al propio Código penal) y que acaban por conformar un *corpus* jurídico autorreferencial, que, como tal, es perfectamente moldeable.

No desconozco que el nivel jurídico de las sentencias dictadas en nuestro país ha crecido (¡solo faltaría!) desde los lejanos años en que yo comenzaba mi carrera como profesor universitario, en los cuales aconsejaba *urbi et orbi*, a alumnos y estudiosos del Derecho penal, no leer jurisprudencia, aunque fuese nada más que para evitar el contagio de la deficiente ortografía y de la delirante sintaxis empleada en las sentencias, las cuales comportaban un alto riesgo de avillanar nuestro lenguaje.

Ello no obstante, dicho nivel sigue siendo todavía deficiente, y máxime si se compara con el rigor jurídico alcanzado en muchos (no en todos, por supuesto) de los trabajos elaborados en la moderna doctrina española. De hecho, cabe asegurar que en la actualidad existe una brecha insondable entre jurisprudencia y doctrina que debería conducirnos a una nueva reflexión conjunta.

Por un lado, nos encontramos con una doctrina jurídico-penal que ha situado la investigación en cotas difícilmente imaginables hace algunos decenios, al nivel de la investigación realizada en los más destacados países de nuestro entorno. Sin embargo, esa labor investigadora tiene, por otro lado, un muy escaso eco en la jurisprudencia.

En este sentido, resulta verdaderamente llamativo comparar algunos voluminosos estudios doctrinales sobre instituciones penales o sobre figuras delictivas con los considerandos que después reflejan los jueces en sus sentencias. Ante semejante perspectiva cabe preguntarse a quiénes van dirigidos esos voluminosos estudios que tanto esfuerzo han requerido de sus autores y tanto dinero de recursos públicos han consumido. A jueces y a fiscales no, desde luego; pero a los alumnos, tampoco, puesto que, como indicaba más arriba, el nivel exigido en nuestras universidades es cada año

inferior, como se refleja en el contenido de los Manuales de Derecho penal, cada vez más esquemático y rudimentario.

Así las cosas, ya va siendo hora de que la sensatez se imponga y de que la aludida brecha se suture, proporcionándose los medios necesarios para que los jueces y fiscales sean verdaderos destinatarios de los estudios doctrinales. Claro que aquí la doctrina debería también reorientar sus trabajos, en el sentido de que estos puedan llegar a ser fácilmente comprensibles por los órganos encargados de administrar justicia. Resulta verdaderamente llamativo comprobar cómo en la doctrina proliferan investigaciones complejas y profundas, que se hallan muy alejadas del nivel medio que podemos encontrar en los considerandos jurisprudenciales, mientras que en estos se yerra ya en la comprensión de cuestiones básicas sobre la interpretación de preceptos fundamentales del Código penal, con lo que el respeto al principio de legalidad deviene ilusorio.

En suma, los esfuerzos doctrinales deberían ir encaminados primordialmente a contribuir a lograr algo tan elemental, pero tan valioso, como es la consecución de rigor, claridad y seguridad jurídicas en las resoluciones jurisprudenciales. Obviamente, ello no supone que la doctrina deba renunciar a elaborar propuestas político-criminales[50], pero siendo consciente de que la trascendencia de tales propuestas es limitada: ¿qué trascendencia puede tener la reforma de los preceptos penales si después, en muchos casos, los tribunales van a seguir operando de la misma manera en que lo han venido haciendo hasta la fecha, a saber, haciendo caso omiso del contenido de los preceptos del Código penal y construyendo una superestructura normativa que no solo es *praeter legem* sino incluso *contra legem*?.

En fin, el negro episodio judicial del caso *Prestige* es un elocuente ejemplo de todo lo hasta aquí expuesto. Y de muchas cosas más (claro es) en las que no puedo ni quiero entrar aquí. Nunca olvidaré la frase pronunciada por el (tan prestigioso como nada sospechoso de parcialidad) especialista en seguridad marítima Martínez Mayán (asesor verbal del exdirector general de la Marina Mercante en los primeros días de la catástrofe marítima y al que, por cierto, en ningún momento se le preguntó sobre la posibilidad de refugio del buque): "no creo que exista un profesional en el planeta que quiera ser medianamente honrado y que aconseje llevar el barco mar adentro".

[50] Eso sí, siempre que se trate de propuestas político-criminales en sentido estricto, encaminadas a la mejora de la legislación vigente desde una perspectiva técnico-jurídica. Las propuestas puramente ideológicas (en las que los penalistas tenemos la misma autoridad que cualquier otro ciudadano) corresponden al Parlamento.

Pues bien, la decisión de llevar el barco mar adentro, con "rumbo hundimiento", fue la tesis defendida (e incluso elogiada) por el fiscal, la jueza instructora, tres magistrados de la Audiencia de A Coruña y cinco del Tribunal Supremo[51].

* * * * * *

[51] Sería injusto desconocer, empero, la brillante defensa de la tesis contraria, sostenida en el auto nº 553 de la Audiencia provincial de A Coruña, sección 1ª, de 5-10-2009 (firmado por los magistrados Ángel Mª Judel Prieto, ponente, José Mª Sánchez Jiménez e Ignacio Picatoste Sueiras), en el que se transformaba la causa al trámite de procedimiento abreviado y se revocaba el sobreseimiento provisional decretado por el juzgado de Corcubión con relación al exdirector general de la Marina Mercante. Sobre este auto vid. mi columna de prensa titulada **Aún hay jueces en la Audiencia,** publicada en *El País (edición de Galicia)*, el 12-10-2009, así como las referencias contenidas en el comentario que se incluye en mi trabajo publicado en Revista Penal**,** 2014, cit., pp. 224 ss. y en Revista Foro FICP, nº 2013-3, cit., pp. 43 ss.

Prof. Dra. María A. Trapero
Catedrática acred. de Derecho Penal. Univ. de León, España. Patrona de la FICP.

~El artefacto explosivo casero, un medio peligroso "pluritípico": de la tenencia de aparatos explosivos a medio comisivo de los delitos de lesiones, daños, atentado… y otros delitos del Código Penal~

Sumario*.- I. Introducción. II. El delito de lesiones: art. 148.1.1º CP. 1. Estructura típica del delito de lesiones del art. 148.1.1º CP. 2. Aplicación al caso: las diferentes hipótesis en la calificación jurídico-penal desde el delito de lesiones. 3. Recapitulación: variantes en la calificación jurídico-penal del delito de lesiones. III.- El delito de atentado a los agentes de la autoridad: arts. 550 y 551 CP. 1.- El tipo básico: art. 550 CP. 2.- El art. 551 CP: las circunstancias cualificantes de los apartados 1º y 2º. a) Atentado haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos. b) Acto de violencia ejecutado potencialmente peligroso para la vida de las personas o que pueda causar lesiones graves. 3.- Aplicación al caso: las diferentes hipótesis en la calificación jurídico-penal desde el delito de atentado. IV.- Los delitos de daños: arts. 263 a 266 CP. 1.- El delito de daños del art. 263.1 CP. 2.- El delito cualificado de daños: art. 263.2.1º CP. 3.- El delito de daños del art. 265 CP. 4.- Los tipos, agravados e hiperagravados, descritos en el art. 266 CP. a) Los tipos agravados: art. 266.1, 2 y 3 CP. b) Los tipos hiperagravados: art. 266.4 CP. 5.- Aplicación al caso: el delito de daños del art. 266 CP. V.- El delito de tenencia de aparatos explosivos: art. 568 CP. 1.- Análisis de los elementos típicos: tenencia de sustancias, aparatos explosivos o sus componentes. 2.-Aplicación al caso: ¿delito de tenencia de aparatos explosivos? VI.- Las relaciones concursales entre los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de aparatos explosivos. 1.- Las relaciones concursales entre los delitos de lesiones, daños, atentado. 2.- Las relaciones concursales entre el delito de tenencia de aparatos explosivos y los delitos de lesiones, atentado, daños.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas corren malos tiempos para el DP. Y ya no se trata de cuestionar los principios inspiradores de las reformas penales, que han generado dos "Derechos Penales", el de las garantías y el DP en el que se reflejan los planteamientos del DP del riesgo, el DP de la seguridad, el DP del enemigo. Se trata de reformas penales en las que se revela la mala técnica legislativa, donde se configuran tipos penales que difícilmente pueden delimitarse entre sí, tipos penales que se introducen en el CP pensando en casos concretos que han generado cierta atención mediática. Casos como el de "Mari Luz", "José Bretón o los niños Ruth y José", "Hormigos", por citar algunos ejemplos, son clara muestra de cómo han influido en la reforma penal de 2015,

* Este artículo se enmarca en los Proyectos de investigación DER2013-47511-R y DER2016-76715-R (MINECO), en ambos proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. También se enmarca en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León, cuyo director es el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. Abreviaturas utilizadas: AP: Audiencia Provincial; art/s.: artículo/s; BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; coord./s: coordinador/es; CP: Código Penal; CPM: Código Penal Militar; dir./s.: director/es; DP: Derecho Penal; EPB: Enciclopedia Penal Básica (dir. Luzón Peña), Comares, Granada, 2002; LO: Ley Orgánica; LH Torío: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999; LPPNA: Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea; nm: número marginal; núm: número; p., pp.: página/s; PE: Parte especial; PG: Parte general; PJ: Poder Judicial (revista citada por número y año); RAE: Real Academia Española; RD: Real Decreto; s., ss.: siguiente/s; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TOL: Base de datos de Tirant lo Blanch (Tirant on line); TS: Tribunal Supremo.

con las modificaciones de los delitos de homicidio y asesinato o la introducción de una modalidad delictiva entre los delitos contra la intimidad.

En otras ocasiones la mala técnica legislativa se traduce en la introducción de tipos penales reiterativos, o en los que se dificulta su diferenciación con otras figuras delictivas. Como muestra de lo afirmado en último lugar se va a mencionar la reforma penal de 2015 en el ámbito de los delitos de daños, atentado contra los agentes de la autoridad y, eventualmente, su repercusión con el delito de lesiones del art. 148.1.1º CP; en todos ellos, de manera expresa o a través de expresiones más amplias, se alude a la utilización de un medio peligroso para su comisión como es la provocación de una explosión.

Para ilustrar este comentario se va a utilizar el caso resuelto por la AP de Cádiz en el año 2000 (por tanto, con la regulación en aquel momento vigente), confirmado en gran parte por el TS; se van a asumir los hechos probados judicialmente (y, en su caso, la calificación jurídica realizada), pero adaptándolos a la actual regulación del CP, como si se hubieran cometido con posterioridad a la reforma de la LO 1/2015.

> "Sobre las 20,20 horas del día 28 de noviembre de 1999 se encontraban cerca de la Jefatura de la Policía Local de esta ciudad, sita en la Barriada de El Almendral, los acusados Julián, Esteban y Carlos, mayores de edad y sin antecedentes penales, en compañía de otra persona menor de edad, resultando que el día 18 del mismo mes a Julián le había intervenido la Policía Local el ciclomotor de su propiedad por problemas de la identificación del mismo. Al acercarse a dicha Jefatura arrojaron desde la esquina donde se encuentra la piscina de la barriada una botella de plástico que contenía aguafuerte y papel aluminio, conocido como cóctel McGyver, hacia los aparcamientos de la mencionada Jefatura, lugar en el que se encontraban hablando los agentes NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007, todos visibles y de uniforme, excepto el número NUM004, que se encontraba fuera de servicio y de paisano.
>
> El agente NUM005 se encontraba junto a su motocicleta, de espalda a la jefatura y cara hacia el parque que se encuentra enfrente de la jefatura y que llega hasta la Avenida de Lebrija, y observa a cuatro cabezas en el lugar desde donde provenía la botella, viendo como salían corriendo por el mencionado parque las cuatro personas, por lo que decide montarse en la motocicleta y salir tras ellas, lo cual hace por el Parque sin perderlos de vista, hasta que llegan las cuatro personas a la Avenida de Lebrija, la cual cruzan en diagonal hacia la rotonda denominada de los donantes de sangre, en la cual los alcanza y les da el alto, orden que dichos individuos acatan de manera inmediata. Acto seguido llegan los compañeros del agente y en dos vehículos conducen a los detenidos a la Comisaría de Policía Nacional de esta ciudad, donde son identificados como los hoy acusados.
>
> El artefacto o botella al alcanzar el suelo y tratarse de una mezcla explosiva, produce una detonación, que alcanza al agente NUM004, a quien produce una queratitis en el ojo derecho, para cuya curación precisó de tratamiento médico consistente en oclusión arterial y colirios, con 3 días de impedimento para sus ocupaciones habituales. Igualmente, y a resultas de la explosión, resultó dañada una cazadora de piel que llevaba

> dicho agente, así como el chaquetón y los pantalones de los uniformes de otros dos agentes, todo ello por valor de 270 euros. Asimismo, la explosión causó daños a vehículos particulares pertenecientes a varios agentes, y así 730 euros al vehículo propiedad del agente NUM008, 900 euros al del agente NUM009, 800 euros al del agente NUM010 y 720 euros al del agente NUM011".

La calificación relativamente sencilla de estos hechos sucedidos en 1999 por la AP de Cádiz, confirmada en los aspectos que aquí interesan por el TS[1], ha sido la siguiente: apreciando en todos los delitos la atenuante de dilaciones indebidas, los tres acusados han cometido un delito de lesiones del art. 147.1 CP (cometido con dolo eventual), castigado con la pena de prisión de seis meses, un delito de atentado contra agentes de la autoridad de los arts. 550, 551.1 y 552.1º CP (cometido con dolo directo de primer grado), castigado con la pena de 3 años de prisión, un delito de daños del art. 263 CP (cometido con dolo directo de segundo grado), castigado con la pena de 6 meses de multa y un delito de tenencia de aparatos explosivos del art. 568 CP (cometido con dolo directo de segundo grado), castigado con la pena de 4 años de prisión. Todos los delitos están en concurso real. A la vista de las penas resultantes, muy elevadas y desproporcionadas por la entidad del hecho cometido, la AP plantea la posibilidad de que se solicite el indulto parcial. El TS, confirma la comisión de los delitos mencionados, si bien aprecia la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, rebajando de manera sustancial las penas aplicables en cada delito: por el delito de lesiones del art. 147.1 CP, 6 meses de multa, por el delito de atentado del ya actual art. 551.1 CP, prisión de 1 año y 6 meses de prisión, por el delito de daños del art. 263.1 CP, 3 meses de multa y por el delito de tenencia de aparatos explosivos del art. 568 CP, prisión de 2 años[2].

Si se traen estos hechos a la actualidad, tras la reforma del CP operada por la LO 1/2015, la calificación se complica enormemente (una complicación iniciada ya en la reforma operada con la LO 7/2000, de 22 de diciembre, con los cambios introducidos en la regulación de los delitos de daños, entre otros). Y la complejidad se produce incluso en un supuesto como el relatado en este comentario, en el que se ha usado un artefacto

[1] SAP de Cádiz núm. 377/2003, de 23-12 (TOL 339888) y STS núm. 578/2005, de 5-5 (TOL 656839).

[2] La pena resultante para la AP ha sido prisión 7 años y 6 meses y multa 6 meses; la pena resultante para el TS ha sido prisión 3 años y 6 meses y multa 9 meses. Se hace mención de las penas que se han impuesto porque si la calificación inicial planteada por la AP ha llevado a un resultado penológico excesivo, tras la reforma de 2015 el tratamiento penológico de casos como el seleccionado para ejemplificar este comentario ha aumentado de manera considerable. Y es que entre los medios peligrosos para la vida o integridad personales se iguala en tratamiento jurídicopenal artefactos caseros como el coctel Mcgyver, de peligrosidad no muy elevada y el coctel Molotov, por citar uno de los más habituales (y sin recurrir, por tanto, a artefactos explosivos con una potencialidad destructiva considerablemente mayor).

explosivo tan rudimentario[3].

En efecto, trayendo estos hechos a la actualidad habría que formularse las siguientes preguntas[4]:

¿Se ha cometido un delito de lesiones del art. 148.1 CP?[5]

---

[3] Porque, en el caso de que se utilice otro tipo de artefactos explosivos, o incendiarios, los problemas de delimitación no quedarían aquí, pues podrían entrar en el conflicto concursal el delito de incendio (art. 351 CP), aparentemente más fácilmente resoluble, a la vista de lo que establece expresamente el art. 266.4 segundo párrafo CP, y, sobre todo, el delito de estragos del art. 346 CP, también reformado con la LO 1/2015, precisamente para eliminar la remisión normativa al art. 266 CP cuando como consecuencia de la provocación de una explosión no se llega a poner en concreto peligro a las personas; ahora, en el propio delito de estragos se ha establecido la respuesta penal que procede cuando se provoca la explosión en uno de los lugares, objetos, infraestructuras, instalaciones descritas en el tipo penal y no se llega a producir el resultado de peligro para las personas, solo se producen los estragos sin riesgo personal.

[4] Este caso plantea otros temas interesantes que aquí solo se van a apuntar: primero, quien porta realmente el artefacto y lo lanza al aparcamiento. Porque esta cuestión puede tener repercusiones en materia de autoría y participación, si no se aplica la teoría del dominio funcional del hecho que es la empleada por la AP de Cádiz. Por otro lado, si no se puede probar quien es realmente el que lanza el artefacto explosivo, y se descarta la calificación de la coautoría [porque se parte de otro planteamiento dogmático en torno a la autoría y la participación, en concreto la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho como fundamento de la autoría. Sobre esta teoría, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz Autoría, en: Luzón Peña (dir.), EPB, Comares, Granada, 2002, 145 ss.], lo que sí se ha podido probar es, en todo caso, la participación de todos los acusados, por lo que, en aplicación del principio de apreciación alternativa de los hechos (sobre este principio, véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 6/nm. 37-38), esta podría ser la calificación finalmente propuesta para la intervención de los tres/cuatro sujetos (entrando, a continuación, a debatir ante qué forma de participación nos encontraríamos). Segundo, ¿los acusados se han puesto de acuerdo en la comisión de todos los hechos probados? Porque podría haber un posible exceso del autor (o del coautor, desde el planteamiento de la AP). Tercero, ¿cuál es realmente la intención de los acusados? No está tan claro si es cometer un delito de atentado, como afirma la AP, o si es cometer un delito de daños, como parece más plausible a la vista del relato de hechos probados y de los propios efectos de la detonación. Y, por otro lado, se puede dudar si realmente todos los delitos están o no abarcados por el dolo de los acusados. Cuarto, ¿se ha cometido un único delito de lesiones? Porque, de los cuatro agentes que están en el aparcamiento uno ha sufrido menoscabo en su integridad física, pero la detonación ha alcanzado también a otros dos agentes, dañando su ropa (sus pantalones). Esta prueba puede servir para plantearse la posible comisión de varios delitos de lesiones, como mínimo tres, uno consumado y otros dos en tentativa. Si se toma como referencia la calificación del Tribunal, se trataría de tres delitos de lesiones del art. 147.1 cometidos con dolo eventual y, a continuación, surgiría la cuestión de si es o no punible la tentativa de lesiones cometida con esta clase de dolo. Este tema sí será objeto de atención en este comentario por la relación que puede plantearse entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión. Quinto, se ha aplicado un único delito de daños del art. 263 CP. Pero los daños se causan en vehículos de cuatro agentes, además de los daños en la ropa y los uniformes de tres agentes: ¿se ha cometido un único delito de daños o, por el contrario, se cometen varios delitos, tantos como patrimonios individuales se han visto afectados? El delito de daños del art. 265 CP sí está descartado porque no se ha producido el menoscabo a bienes, instalaciones, medios al servicio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y parece que tampoco los sujetos actuaban con este dolo; en este caso solo se han causado daños en los uniformes de varios agentes, hecho que no se subsume en el art. 265 CP (ni en el actual, que exige un menoscabo en bienes y medios superior a mil euros, ni en el antiguo art. 265, que exigía un daño superior a cincuenta mil pesetas).

[5] Esta duda ya surgía en el año 2000, cuando se ha juzgado el caso por la AP de Cádiz. Este Tribunal ha calificado los hechos como un único delito de lesiones del art. 147 CP, quizás porque solo uno de los agentes ha sufrido menoscabo en su integridad física. Y como se ha aplicado el delito de atentado en su modalidad agravada del entonces art. 552.1 CP, quizás por esta vía se ha tenido en cuenta la utilización de medios peligrosos en la comisión de los delitos de atentado y de lesiones, por eso, para evitar el *non bis in idem*, el delito de lesiones del art. 148.1 CP queda descartado. O, simplemente, este delito se ha

¿Se ha cometido un delito de atentado del art. 551.2 CP?

¿Se ha cometido un delito de daños del art. 263.1 o del art. 263.2 CP?[6]

¿Se ha cometido un delito de daños del art. 266.1 o 2 o del art. 266.4 CP?

¿Qué relaciones concursales se plantean entre estos delitos? ¿Y con el delito de tenencia de explosivos del art. 568 CP?

Para responder a estos interrogantes resulta ineludible explicar el ámbito aplicativo de cada una de las modalidades delictivas seleccionadas. Para que este comentario sea más fructífero, una vez formulado el ámbito aplicativo de estos tipos penales, se analizarán las distintas calificaciones jurídico-penales que pueden formularse sobre el caso que se ha tomado como referencia.

II. EL DELITO DE LESIONES: ART. 148.1.1º CP

1. Estructura típica del delito de lesiones del art. 148.1.1º CP

Tomando como referencia los hechos probados, ha resultado que uno de los agentes de la autoridad ha sufrido lesiones en un ojo como consecuencia de la detonación del artefacto explosivo. Para su sanación se ha requerido tratamiento médico, circunstancia que lleva a calificar el hecho como delito de lesiones del art. 147.1 CP[7].

Esto hace que nos planteemos si procede o no la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 148.1.1º CP, en el que se establece la posibilidad de que se agrave la

---

descartado porque, en última instancia, su apreciación es potestativa. O, lo que puede ser el argumento más plausible, porque el artefacto explosivo no tiene la capacidad destructiva como para poner en concreto peligro la vida del agente lesionado y tampoco para causar lesiones graves. Veremos más adelante si esta solución es o no la acertada, a la vista de los hechos probados y explicadas las circunstancias de agravación del art. 148.1 y del actual art. 551.1 CP.

[6] Esta cuestión también se tenía que haber planteado por la AP de Cádiz, valorando si los daños cometidos eran o no subsumibles en el entonces art. 264.1. La AP no ha planteado otra calificación que la del art. 263 CP para los daños causados con el artefacto explosivo.

[7] Sobre el concepto de lesión que, para su sanidad, requiere objetivamente de tratamiento médico o quirúrgico, véase, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, Artículos 147-152, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios al Código Penal. Parte especial, volumen I. Títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 351 ss.; GARCÍA ARÁN, Artículo 147, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, 95 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), Derecho penal español. Parte especial (I), 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 191 ss.; TAMARIT SUMALLA, Artículo 147, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios al Código penal español. Tomo I (artículos 1 a 233), 7ª, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 1026 ss.

pena de prisión prevista para las lesiones tipificadas en el art. 147.1 CP[8], atendiendo al resultado causado o riesgo producido, cuando en la agresión se utilizan armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado[9].

Estamos ante una agravación por el peligro concreto producido[10] para la vida o para la integridad o salud del sujeto. Y su aplicación está condicionada por el resultado o el riesgo efectivamente producido, no basta con la mera concurrencia de la circunstancia cualificante que nos ocupa[11].

Este resultado de peligro concreto derivado de la utilización de medios, objetos,

---

[8] Antes de la reforma de 2015 en el art. 147 se habían tipificado varias modalidades del delito básico de lesiones, quedando reservado para el Libro III las faltas de lesiones, esto es, la lesión que no requiere para su sanidad tratamiento médico y el maltrato de obra. El hecho de que en el antiguo art. 147 se tipificaran dos modalidades del delito básico de lesiones, uno en el apartado 1, que sería el tipo básico propiamente dicho, y otro en el apartado 2, describiendo el tipo atenuado, había generado la discusión doctrinal sobre la relación entre el art. 147 y el art. 148, o, dicho de otra manera, si las agravaciones descritas en el art. 148 tenían aplicación a todas las lesiones del art. 147 o, por el contrario, solo a las lesiones subsumibles en sentido estricto en el art. 147.1. Sobre esta discusión, véase, entre otros, GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 107; ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 203 s. Esta discusión ha perdido vigencia con la reforma de 2015, pues con la desaparición del Libro III CP, y con la eliminación de la categoría de las faltas para su sustitución por la categoría de los delitos leves, las antiguas faltas de lesiones se han convertido en delitos leves de lesiones, tipificados en el art. 147.2 y 3 CP, quedando en el art. 147.1 CP una única modalidad típica para subsumir las lesiones que requieren para su sanidad tratamiento médico; la modalidad atenuada ha desaparecido como tipo autónomo, quedando subsumido en el apartado 1 todos los supuestos de lesiones que requieran para la sanidad tratamiento médico, también las antiguas lesiones de menor gravedad, atendiendo al resultado causado y el medio empleado. Sobre el actual contenido del art. 147.1 CP, véase, entre otros, TAMARIT SUMALLA, Lesiones, en: Quintero Olivares (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 348. La nueva estructuración del art. 147 ha de tener consecuencias en el art. 148 CP: las agravaciones tienen aplicación solo para el caso de que se hayan cometido las lesiones del art. 147.1 CP. Así lo entiende, entre otros, MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, 20ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 98; TAMARIT SUMALLA, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP I, 7ª, 2016, 1032.

[9] Incluso, a la vista del relato de hechos probados, también podría ser objeto de discusión si no se puede subsumir en otra de las circunstancias típicas cualificantes, en concreto, en el art. 148.1.2º CP, cuando en la lesión hubiera mediado alevosía (y, en este caso, a la vista de la calificación jurídico-penal propuesta por la AP, habría que valorar la compatibilidad o no de la alevosía con el dolo eventual).

[10] Véase, en este sentido, por todos, CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), Derecho penal. Parte especial, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 106.

[11] Véase, entre otros muchos, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 170 ss., 249; ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 204; CANCIO MELIÁ, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico Penal, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, nm. 7410; CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), PE, 5ª, 2016, 106 s. La exposición de este autor no es totalmente clarificadora, desde el momento en que afirma que el art. 148 CP requiere que el dolo del sujeto abarque el riesgo, aunque *normalmente* no el resultado efectivo más grave, pues en ese caso vendría en aplicación otro precepto, el delito de lesiones del art. 149 o del art. 150 CP. De esta explicación pareciera que este autor admite que el dolo de peligro puede identificarse a veces con el dolo (eventual) de lesión, impresión que queda descartada a la vista de la aclaración que hace este autor a continuación para el caso de que se produzca efectivamente el resultado lesivo y este haya sido abarcado por el dolo del sujeto.

métodos han de poner en peligro concreto al sujeto que ha sufrido la lesión constitutiva del tipo básico del art. 147.1, no se refiere, por tanto, al riesgo para la vida o integridad de personas diferentes a este[12], y tal riesgo ha de estar abarcado por el dolo del sujeto activo, ha de actuar, por tanto, con dolo respecto del peligro concreto y, efectivamente, tal resultado de peligro se ha de haber producido[13]. Por último, se trata de un riesgo para la vida o integridad derivado del uso de los medios, formas, métodos, instrumentos peligrosos, es decir, se han de utilizar efectivamente para menoscabar la integridad física del sujeto pasivo y que de tal uso se derive el peligro concreto para la vida o para la salud, en este último caso se trata del peligro de causar lesiones de las subsumibles en los arts. 149 o 150 CP[14].

La descripción de los medios comisivos de los que se derivan el resultado mixto, de lesión-de peligro concreto, es amplísima, utilizando conceptos diferentes que permiten abarcar cualquier procedimiento que implique esta potencialidad lesiva[15]. Sin

[12] Véase, en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios CP PE I, 1997, 376 s.

[13] Se trata de un tipo mixto, de lesión de la integridad física, porque se han de causar las lesiones del art. 147.1 y de peligro concreto, para la vida o la integridad física, en este segundo caso desde la consideración de que se ha de producir el peligro concreto de lesiones más graves. Así lo reconocen, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios CP PE I, 1997, 372 s., 374, 375 s., 377; GARCÍA ARÁN, Artículo 148, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 109 s.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 205; GÓMEZ MARTÍN, Artículo 148, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 539; GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial, 2ª, Tecnos, Madrid, 2015, 95; DEL ROSAL BLASCO, en: Morillas Cueva (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte especial, 2ª, Dykinson, Madrid, 2015, 80; ANARTE BORRALLO, en: Boix Reig (dir.), Derecho penal. Parte especial, volumen I. La protección de los intereses jurídicos personales, 2ª, Iustel, Madrid, 2016, 158; CANCIO MELIÁ, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico Penal, 2016, nm. 7410; CARBONELL MATEU, en: González Cussac (coord.), PE, 5ª, 2016, 106 s.; TAMARIT SUMALLA, Artículo 148, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP I, 7ª, 2016, 1033; VIZUETA FERNÁNDEZ, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), Derecho penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, 80.

[14] Sobre el resultado de peligro concreto, véase, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios CP PE I, 1997, 372 s.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 206; TAMARIT SUMALLA, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP I, 7ª, 2016, 1033. GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 109, propone la aplicación del tipo cualificado cuando concurre el riesgo de producir las lesiones del art. 149 o del art. 150 CP o cuando, producido el menoscabo de la salud física, existe riesgo de menoscabo de la salud psíquica.

[15] De manera ejemplificativa, interpretando cada término utilizado en la cualificación del art. 148.1 CP, ÁLVAREZ GARCÍA, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE I, 2ª, 2011, 206 ss.; GÓMEZ MARTÍN, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 539; MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 148, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios prácticos al Código penal, tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 182 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 80 s.; CANCIO MELIÁ, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico Penal, 2016, nm. 7412; TAMARIT SUMALLA, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP I, 7ª, 2016, 1033; VIZUETA FERNÁNDEZ, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 81.

duda, entre los métodos, medios o formas puede incluirse la utilización de un artefacto explosivo, tanto por la peligrosidad que implica como por los efectos que puede llegar a producir.

El resultado de peligro para la vida o salud ha de concretarse en la persona que ha sufrido ya el menoscabo en su integridad física; en este tipo penal no se atiende al peligro para terceras personas que se encuentren en las proximidades. Literalmente el art. 148.1 CP limita este peligro al que se cierne sobre la persona lesionada. Pero no se puede descartar la posibilidad de que el medio empleado, atendiendo a sus características, comporte peligro para terceros, más o menos individualizados, y que el sujeto actúe sabiendo del peligro que implica el medio que está utilizando para causar lesiones, pero de esta conciencia sobre la peligrosidad del medio no necesariamente se deducirá que asume el eventual resultado lesivo, a lo sumo se deduce la aceptación del propio peligro creado. Pues en el caso de que se acepte el resultado lesivo se podría estar ante el delito de lesiones del art. 148.1 en grado de tentativa, eso sí, si el medio peligroso usado pone en peligro a varias personas perfectamente individualizadas.

Explicada la estructura típica del delito de lesiones del art. 148.1 CP, un tipo mixto de lesión-de peligro concreto, desde la perspectiva subjetiva también ha de aparecer la combinación dolo de lesión-dolo de peligro concreto. En el planteamiento del tipo subjetivo resulta imprescindible analizar dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: la primera, este delito, ¿se puede plantear en grado de tentativa, acabada e inacabada? Segundo, ¿existe diferenciación entre el delito de lesiones del art. 148.1 y la tentativa de los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150 CP y la tentativa de homicidio del art. 138.1 CP?

En cuanto a la primera cuestión, para aplicar las circunstancias cualificantes descritas en el art. 148.1 CP es necesario que se hayan producido las lesiones del art. 147.1 CP y, además, se ha de valorar el resultado causado o el peligro producido, todo ello abarcado por el dolo del sujeto. Ahora bien, no se descarta la posibilidad de que se aprecie el delito de lesiones del art. 148.1 CP en tentativa, cuando se utiliza el medio o el arma peligrosa sin que se haya llegado a producir la lesión en la integridad física, siempre y cuando la acción haya alcanzado el grado de peligrosidad que se exige y el resultado típico no se haya llegado a producir por pura casualidad[16]. O, de manera más

[16] Sobre la tentativa en el delito de lesiones del art. 148.1 CP, entre otros, FELIP I SABORIT, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 4ª, Atelier,

detallada, se ha admitido la tentativa cuando la acción peligrosa solo se ha iniciado, o cuando se finaliza la acción peligrosa pero no se llega a producir el resultado típico requerido, lo que sirve para diferenciar entre tentativa inacabada y tentativa acabada[17], pues a fin de cuentas nos encontramos ante un delito de resultado en el que es perfectamente aplicable todas las modalidades de la tentativa (acabada, inacabada, idónea, inidónea).

En relación con la segunda cuestión, el debate está condicionado sobre la concepción que se defienda en torno al dolo de peligro concreto, concretamente, si el dolo de peligro concreto se identifica con el dolo eventual de lesión o, por el contrario, el dolo de peligro concreto conceptualmente sí puede diferenciarse del dolo eventual de lesión, equiparándose, en todo caso, con la imprudencia respecto del resultado lesivo, en la hipótesis de que este finalmente se llegue a producir[18]: técnicamente se estaría ante la tipificación de la tentativa imprudente de homicidio o de lesiones, atípicas penalmente como tal, de ahí la decisión de castigar tales hechos a través de la tipificación de un delito de peligro concreto.

2. Aplicación al caso: las diferentes hipótesis en la calificación jurídico-penal desde el delito de lesiones

Partiendo de la premisa de que los acusados han actuado con dolo eventual respecto del delito de lesiones[19], la primera hipótesis que puede plantearse es la asumida

---

Barcelona, 2015, 82, con cita de ejemplos; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, 7ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 130.

[17] DÍEZ RIPOLLÉS, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios CP PE I, 1997, 378.

[18] Sobre las diferentes tesis doctrinales en torno al dolo de peligro en los delitos de peligro concreto, y si el mismo se puede diferenciar o no del dolo (eventual) de lesión, véase, por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, 48-74, 74-103. Sobre el concepto dolo de peligro concreto y su diferenciación del dolo (eventual) de lesión (tesis que se asume en este comentario), véase, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Op. cit.*, 74 ss., 141-184; DÍEZ RIPOLLÉS, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios CP PE I, 1997, 377; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 295 ss., 301 s., admitiendo esta diferenciación dependiendo de la clase de delito de peligro concreto que se analice (o, dicho de otra manera, principalmente dependiendo de si el peligro que genera la acción queda o no fuera del control del sujeto activo); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativos al artículo 318 del Código Penal, PJ 80 (2005), 19 s.; TRAPERO BARREALES, Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la LO 7/2000 y la LO 15/2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 133, 198, 403, 412 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 90-91.

[19] Se parte de esta premisa tomando como punto de partida la fundamentación jurídica realizada por la AP de Cádiz. En esta resolución judicial se exponen algunas de las teorías doctrinales formuladas para la explicación del dolo eventual (teoría de la probabilidad, teoría del consentimiento, teoría mixta), optando por la teoría mixta en la explicación de que los acusados, efectivamente, han actuado con dolo eventual de causar lesiones: si el sujeto conoce suficientemente el peligro concreto generado con su acción y, sin embargo, actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace y de este conocimiento se puede

en la SAP de Cádiz, confirmada en la STS: los acusados han cometido dolosamente un delito de lesiones tipificado en el art. 147.1 CP, pues solo uno de los agentes ha sufrido un menoscabo en su integridad física, en concreto, la detonación del artefacto le ha alcanzado en el ojo derecho, y para su curación ha precisado de tratamiento médico.

Tomando como referencia el tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP, se podría plantear otra calificación para el caso que se ha tomado como referencia (sería la segunda de las hipótesis posibles): aceptando la compatibilidad entre la tentativa y el dolo eventual[20], los acusados han podido cometer un delito de lesiones consumado del art. 147.1 CP y tres delitos de lesiones del art. 147.1 CP en grado de tentativa acabada y si el artefacto explosivo no tiene capacidad destructiva relativamente relevante, cabría plantear el menos la tentativa de lesiones desde el delito leve del art. 147.2 CP.

La propia argumentación de la AP de Cádiz puede servir de apoyo para esta hipótesis: en la argumentación a favor del dolo eventual se afirma que es de conocimiento general que arrojar un artefacto explosivo, aunque no sea de gran potencia, a un grupo de personas va a causar en alguna o *algunas de ellas* importantes

---

inferir racionalmente su aceptación del resultado. Aplicada la teoría al caso concreto, los acusados han actuado con dolo de lesiones porque es de conocimiento general que arrojar un artefacto explosivo, aunque no sea de gran potencia, a un grupo de personas va a causar en alguna o algunas de ellas importantes lesiones; los acusados sabían lo que hacían y conocían el peligro generado por su acción, de lo que puede inferir racionalmente su aceptación del resultado. A la deducción de que los acusados han actuado con dolo eventual de lesiones también se llega desde la consideración que hace la AP de Cádiz sobre el propósito o intención que guía a los acusados al arrojar el artefacto explosivo: los acusados han actuado con propósito de atentar contra los agentes de la autoridad; si acometen o agreden al agente o a los agentes, es posible que con su acción de acometimiento alcancen a uno o varios de ellos, asumiendo, por tanto, el resultado lesivo de su acción de acometimiento. Para no extender demasiado este comentario se van a hacer varias observaciones a esta argumentación. En primer lugar, puede estar en cuestión que los acusados hayan actuado con dolo de causar lesiones, precisamente porque no es tan evidente que la intención o propósito haya sido la de atentar contra los agentes. Pues de los hechos probados también se puede deducir que la intención o propósito era vengarse de los agentes porque uno de ellos había intervenido la motocicleta de uno de los acusados, la intención no era, pues, atentar contra ellos. En definitiva, se puede replantear el tipo subjetivo de todos los delitos cometidos por los acusados, comenzando por el delito de lesiones, valorando la posibilidad de que la lesión en el ojo causada a uno de los agentes haya sido cometida con imprudencia, no con dolo. En segundo lugar, y centrando la atención en la argumentación de la AP de Cádiz sobre el dolo eventual de lesiones, de la misma se deduce el conocimiento (y no debe ser conocimiento general, sino conocimiento por los acusados) de la peligrosidad de la conducta, incluso de que puede poner en peligro concreto la integridad física de las personas que están próximas al lugar donde va a detonar el artefacto; del conocimiento del peligro que implica arrojar el artefacto se deduce la aceptación del peligro que genera, no necesariamente se ha de deducir la aceptación del resultado lesivo que puede producir. Es decir, se puede diferenciar entre conocimiento y aceptación respecto del peligro concreto para la integridad física (dolo de peligro concreto) y el conocimiento y aceptación del resultado lesivo para la integridad física (dolo de lesión). La argumentación de la AP de Cádiz no hace esta distinción, lo que significa que identifica dolo de peligro concreto y dolo eventual respecto del resultado lesivo. Tal identificación tiene importantes consecuencias prácticas, como se verá a lo largo de este comentario en la exposición del tipo subjetivo de los delitos construidos sobre la utilización de medios peligrosos para la vida o integridad de las personas.

[20] Para más detalles sobre esta cuestión, véase LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 82.

lesiones. Es más, la detonación del artefacto efectivamente ha alcanzado a tres de las cuatro personas que se encuentran en el aparcamiento: a una en el ojo derecho, a las otras dos causando desperfectos en la cazadora y los pantalones; es decir, la detonación ha alcanzado el cuerpo de tres de las cuatro personas que se encuentra en el lugar. Como ya se ha comentado, a la vista del relato de hechos probados, la AP de Cádiz ha concluido que los acusados han actuado con dolo directo de primer grado de atentar contra los agentes que se encuentran en el aparcamiento, es decir, tienen la intención de acometer o agredir a varias personas perfectamente identificadas e individualizadas.

Estaríamos en presencia del denominado dolo cumulativo (el opuesto al dolo alternativo), planteado desde la perspectiva del dolo eventual en relación con todos los delitos de lesiones aplicables, supuesto en el que el sujeto asume la eventualidad de poder cometer varios delitos con su conducta, en este caso que la detonación del artefacto alcance a varios o a todos los agentes que se encuentran en el aparcamiento charlando.

Esta segunda hipótesis a favor de la comisión de varios delitos de lesiones del art. 147.1 CP, uno consumado y varios en tentativa, se podría descartar si se tuviera información más detallada sobre los hechos probados: por ejemplo, averiguando la colocación exacta de los agentes, la distancia entre ellos y los vehículos aparcados, el lugar exacto donde detona el explosivo y la ubicación de cada uno de los agentes, el alcance de la detonación teniendo en cuenta las dimensiones del artefacto, etc.

En la SAP Cádiz, y posteriormente, en la STS, se ha analizado y planteado el delito de lesiones del art. 147 CP, sin que haya una mínima referencia a si podría haberse planteado o no la tercera de las hipótesis posibles, el delito de lesiones del art. 148.1.1º CP. Y en este caso se abrirían dos variantes: la primera, solo se ha cometido un delito de lesiones; la segunda, se han cometido varios delitos de lesiones, uno consumado y los otros en tentativa.

Esta tercera hipótesis, con sus dos variantes, pasaría porque se incluya el "coctel Mcgyver" entre los medios capaces de poner en concreto peligro la vida o la salud, física o psíquica, de la persona que ha sufrido la lesión, produciéndose efectivamente este resultado de peligro concreto para su vida o su salud y todos los elementos típicos estuvieran abarcados por el dolo de los acusados. Para la segunda de las variantes sería preciso que se plantearan además tres delitos de lesiones del art. 148.1.1º CP en grado de tentativa, por tanto, pasaría por incluir el artefacto explosivo entre los medios

capaces de poner en concreto peligro la vida o la salud de cada uno de ellos de manera individualizada, actuando los acusados con dolo de lesionar su integridad física, además del dolo respecto del ulterior resultado de peligro concreto para la salud o la vida de cada uno de ellos y, en última instancia, que se admita la tentativa respecto de este delito de lesiones.

En el caso analizado la detonación ha alcanzado a un agente en el ojo derecho, uno de los órganos o miembros principales aludidos en el art. 149 CP; no se ha producido el resultado requerido por este tipo penal, pero habría que valorar si ha existido o no el riesgo de sufrir tal menoscabo en la integridad física, pues es el elemento típico requerido para la aplicación del art. 148.1.1º CP. El riesgo del artefacto explosivo surge de la detonación, y su capacidad destructiva no es desdeñable a la vista de los desperfectos que ha causado: tiene suficiente capacidad expansiva como para alcanzar a varios vehículos aparcados en el lugar y capacidad para causar desperfectos en ellos; no se especifica qué tipo de desperfectos (se podrá deducir atendiendo a la sustancia que se ha empleado para la detonación, aguafuerte), ni en qué partes del vehículo, tampoco se aclara si se trata de daños de una relevancia considerable (su importancia ha de deducirse de las cantidades en las que se han tasado los daños en cada uno de los vehículos), pero en todo caso sí tiene capacidad suficiente para dañar una estructura metálica, en todo caso un material más resistente que el cuerpo humano (si se compara con la piel y músculos).

El artefacto explosivo ha alcanzado a tres de los cuatro agentes que se encuentran en el aparcamiento; a uno de ellos le ha alcanzado en el ojo derecho, a los otros dos la detonación causa daños en la ropa y los uniformes, concretamente en el pantalón y la cazadora. Porque la detonación ha tenido este alcance se puede deducir que sí ha existido peligro concreto para la integridad física de los dos agentes que no han resultado lesionados, otra cosa es si tal peligro va referido a la posibilidad de haber producido un grave menoscabo en su integridad o salud.

En definitiva, con los datos que aparecen en el relato de hechos probados pueden encontrarse argumentos para plantear la aplicación del delito de lesiones del art. 148.1 CP. Y atendiendo a la forma como se ha explicado por la AP de Cádiz el dolo eventual en el delito de lesiones, se podría llegar al planteamiento de la variante consistente en que los acusados habrían podido cometer también varias tentativas del delito de lesiones. Se trata de posibilidades argumentativas, ya que su planteamiento de manera

aseverativa requeriría de una información complementaria sobre los hechos declarados probados, así como de una mayor profundización para la deducción del dolo con el que han actuado los acusados.

Como se ha señalado, ni la AP de Cádiz ni el TS han analizado la posibilidad de que los hechos se subsuman en el delito de lesiones del art. 148.1 CP (al menos un delito de lesiones), condenando a los acusados sin más por un delito de lesiones del actual art. 147.1 CP.

Quizás la razón de este enfoque sea debido a que también se ha condenado por el delito de atentado a los agentes de la autoridad, apreciando la modalidad agravada relativa a que la agresión se haya verificado con armas u otros medios peligrosos (circunstancia cualificante del antiguo art. 552.1ª); con la aplicación de este tipo agravado se ha podido tener en cuenta el peligro para la vida o, sobre todo, la integridad de todos los agentes que se encuentran en el aparcamiento cuando se lanza el artefacto explosivo con intención de agredirles[21]. Dado que ambos tipos penales parecen compartir la misma circunstancia cualificante, en el delito de lesiones si en la agresión se utilizan armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, en el atentado si la agresión se verifica con armas u otros medios peligrosos (si atendemos a la redacción anterior a la reforma de 2015), el principio *non bis in idem* impide su apreciación conjunta, por lo que procede apreciar uno solo de los tipos cualificados concurrentes, en este caso el Tribunal ha optado por el delito de atentado a los agentes de la autoridad[22].

Pero este razonamiento acabado de exponer está condicionado por un hecho

[21] Como ya se ha advertido en otro lugar, habría otro argumento que explicaría la no apreciación del delito de lesiones del art. 148.1 CP: el artefacto explosivo utilizado no es un medio que ponga en peligro concreto la vida o la salud de ninguno de los agentes de la autoridad, incluido el agente que ha resultado alcanzado por el artefacto (y tampoco los acusados han actuado con el dolo de poner en concreto peligro la vida de este agente o con dolo de poner en peligro su integridad física o salud más allá de causar lesiones de menor consideración).

[22] En esta posible explicación para no plantear la modalidad agravada del art. 148.1 CP, optándose por la aplicación del delito cualificado de atentado a los agentes de la autoridad para valorar el peligro generado para su integridad física (la de todos ellos) no se entra en la valoración del diferente trato penológico que recibe el peligro concreto para la vida o salud (y además de una sola persona, el lesionado) en el delito de lesiones y en el delito de atentado: en el art. 148.1 el peligro concreto para el lesionado da lugar a la imposición de la pena de prisión de dos a cinco años, en el antiguo art. 552.1º, equivalente al actual art. 551.1º CP, el peligro (¿concreto?) para uno o varios agentes da lugar a la imposición de una pena de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses. Y tampoco se entra en la hipotética forma como se podría haber resuelto el concurso entre el delito de lesiones del art. 148 y el delito de atentado, a favor del segundo. Precisamente estos problemas se han podido obviar si de entrada el Tribunal ha entendido que queda descartado el art. 148.1 CP, porque el artefacto casero no tiene la capacidad destructiva como para causar lesiones graves a ninguno de los agentes que se encuentran en el aparcamiento.

previo: que la circunstancia cualificante descrita en el delito de lesiones y en el delito de atentado a los agentes de la autoridad compartan el mismo fundamento y abarquen el mismo desvalor, de acción y de resultado. Veremos más adelante si esta condición previa se cumple o no. En este momento solo es preciso aclarar que, para que el razonamiento formulado prospere, es preciso que los acusados hayan actuado con dolo de causar lesiones a uno solo de los agentes, el efectivamente lesionado, pero no a todos los agentes que se encuentran en el aparcamiento; respecto de los otros agentes a lo sumo los acusados han de haber actuado con dolo de poner en peligro su integridad física, pero sin asumir ni aceptar el eventual resultado lesivo que se podía haber ocasionado. A no ser que se parta de la tesis doctrinal que equipara el dolo de peligro concreto y el dolo eventual respecto del delito de lesión y, a mayor abundamiento, se admita la tesis que descarta la punibilidad de la tentativa cometida con dolo eventual, entendiendo que a través de la tipificación expresa del delito de peligro concreto se está dando respuesta penal a supuestos atípicos penalmente desde la perspectiva del delito de lesión: en este caso la/s tentativa/s de lesiones cometida/s con dolo eventual.

3. Recapitulación: variantes en la calificación jurídico-penal del delito de lesiones

1. El artefacto explosivo solo tiene capacidad para causar lesiones de menor consideración a una persona. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a una persona: un delito de lesiones del art. 147.1 CP.

2. El artefacto explosivo solo tiene capacidad para causar lesiones de menor consideración a las personas que se encuentran perfectamente individualizadas en el aparcamiento. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a los cuatro agentes: un delito de lesiones consumado del art. 147.1 CP, tres delitos de lesiones en tentativa del art. 147.1 CP.

2.1. El artefacto explosivo solo tiene capacidad para causar lesiones de menor consideración o leves (el mayor o menor impacto de la detonación depende de la proximidad o cercanía de los agentes al lugar donde detonará el artefacto). Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a los cuatro agentes: un delito de lesiones consumado del art. 147.1 CP y tres tentativas de lesiones leves del art. 147.2 CP.

3. El artefacto explosivo solo tiene capacidad para causar lesiones a una persona. Las lesiones pueden ser de mayor o menor relevancia atendiendo a factores como

dimensiones del artefacto, lugar de lanzamiento, proximidad del agente que va a resultar lesionado, su colocación y características físicas, etc. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a una persona y asumen que el artefacto explosivo tiene capacidad para causar lesiones de gran relevancia, si bien confían de manera fundada (por la forma como van a lanzar el artefacto, la colocación del agente que va a ser alcanzado, el peligro inherente al artefacto explosivo, etc.) en que tal resultado lesivo no va a producirse finalmente: un delito de lesiones del art. 148.1.1º CP.

4. El artefacto explosivo tiene capacidad para causar lesiones a todos los agentes. Las lesiones pueden ser de mayor o menor relevancia atendiendo a los factores anteriormente mencionados. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a los cuatro agentes, asumiendo que el artefacto es un medio peligroso que entraña peligro de causar graves daños en la integridad y la salud de los agentes, si bien confían de manera fundada en que finalmente ese resultado lesivo grave para la integridad física no se produzca: un delito de lesiones del art. 148.1.1º CP consumado, tres tentativas del delito de lesiones del art. 148.1.1.º CP.

4.1. El artefacto explosivo tiene capacidad para causar lesiones a todos los agentes. El resultado lesivo o peligroso para la integridad física está condicionado por la distancia entre el lugar de la detonación y los agentes, por lo que a medida que haya mayor separación los efectos del explosivo disminuirán. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a todos los agentes, asumiendo que los efectos lesivos y peligrosos van a ser diferentes por la circunstancia anteriormente comentada, pues son conscientes de las características del artefacto explosivo que se están utilizando; asumen que el resultado lesivo será de consideración en el caso del agente más próximo a la detonación, poniendo en peligro gravemente su integridad física. Se estaría ante un delito consumado de lesiones del art. 148.1 CP y tres tentativas de lesiones, del art. 147.1 o del art. 147.2 CP.

5. El artefacto explosivo tiene capacidad para causar lesiones a una persona. Las lesiones pueden ser de mayor o menor entidad dependiendo de los factores anteriormente mencionados. Los acusados actúan con dolo de causar lesiones a un agente, asumiendo que el artefacto explosivo tiene capacidad para causar lesiones de gran relevancia, si bien confían de manera fundada (por la forma como van a lanzar el artefacto, la colocación del agente, el peligro inherente al artefacto, etc.) en que este segundo resultado lesivo no se va a producir. Dadas las circunstancias concurrentes los

acusados también son conscientes de que el artefacto explosivo pone en peligro la integridad física de los otros tres agentes que se encuentran en el aparcamiento, porque pueden ser alcanzados por la detonación, pero confían fundadamente en que el resultado lesivo no se llegue a producir: se está ante un delito de lesiones del art. 148.1 CP consumado; el peligro para la integridad física de los otros tres agentes (y se podrían plantear dos o tres variantes, peligro concreto para los tres agentes, peligro concreto para dos agentes, peligro abstracto para el tercer agente, peligro abstracto para los tres agentes) no resulta subsumible en el delito de lesiones del art. 148.1 en tentativa, y tampoco en el delito de lesiones del art.147.1 en tentativa, porque no han actuado con dolo de causar lesiones a los agentes, tan solo han actuado con dolo de poner en peligro (concreto y/o abstracto) su integridad física. La aplicación del delito de lesiones del art. 148.1 CP solo abarca el resultado lesivo y de peligro concreto para el agente lesionado, pero no sirve para abarcar el peligro, abstracto y/o concreto para los demás agentes que se encuentran en el aparcamiento.

III. EL DELITO DE ATENTADO A LOS AGENTES DE LA AUTORIDAD: ARTS. 550 Y 551 CP

El segundo delito que va a ser comentado por su relación con el caso es el delito de atentado a los agentes de la autoridad, también reformado por la LO 1/2015.

1. El tipo básico: art. 550.1 CP

Centrando la atención en los elementos típicos que resultan relevantes para el análisis de este caso resulta preciso iniciar con una alusión al bien jurídico protegido en el delito de atentado del art. 550 CP[23]. Debe descartarse la vieja interpretación jurisprudencial en torno al bien jurídico, aún presente en la SAP de Cádiz, en la que se ha identificado el objeto de protección con el principio de autoridad (deducción hecha desde la formulación del especial elemento subjetivo del injusto), y se debe descartar pese a los cambios que se han introducido en esta reforma de 2015 claramente dirigidos por una orientación autoritaria y regresiva[24]. El bien jurídico protegido, partiendo de su

[23] Sobre las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno al bien jurídico protegido en el delito de atentado véase, ampliamente, CUERDA ARNAU, Los delitos de atentado y desacato, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 27 ss.; ROIG TORRES, El delito de atentado, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, 33-83; JAVATO MARTÍN, El delito de atentado: modelos legislativos, estudio histórico-dogmático, Comares, Granada, 2005, 317-343; LORENTE VELASCO, Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia, Dykinson, Madrid, 2010, 26-60.

[24] Sobre esta valoración de la reforma de 2015, véase BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1343. Para este autor la ampliación del sujeto pasivo de la acción producida en la reforma de

ubicación sistemática como un delito contra el orden público[25], se ha identificado con la dignidad de la función pública como requisito imprescindible del buen funcionamiento de los poderes públicos (pues, en cuanto poderes legítimos, precisan y merecen este respeto de los ciudadanos)[26], o el principio de autoridad entendido como mecanismo de tutela de las autoridades y funcionarios dirigido a asegurar el ejercicio de las funciones públicas que la ley establece al servicio de los ciudadanos[27], o como el correcto ejercicio de las específicas funciones públicas por parte de las autoridades, agentes y funcionarios públicos, funciones que redundan en beneficio de los ciudadanos[28].

2015 (incluyendo a funcionarios docentes o sanitarios), supone una vuelta al principio de autoridad, interés tutelable en una Administración que no resulta nada acorde con principios democráticos (p. 1344 s.); GARCÍA RIVAS, Delitos de atentado, resistencia y desobediencia, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 769, quien critica la orientación de la reforma de 2015 radicalmente contraria a la que debería inspirar una reforma operada en un Estado democrático del siglo XXI: estamos ante un Derecho Penal más represivo, vinculado al vetusto principio de autoridad, incompatible con un concepto constitucional de orden público; JAVATO MARTÍN, Artículo 550 CP, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP. Tomo VI Delitos contra la Constitución, el orden público. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la Comunidad Internacional. Artículos 472-616 quater, 2015, 420.

[25] Se prescinde en este comentario de si la reforma de 2015 ha podido suponer la introducción de algún cambio en torno al bien jurídico protegido por este delito. Sobre este particular, véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 769; QUINTERO OLIVARES, Artículo 550, en: Quintero Olivares (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1769; TERRADILLOS BASOCO/GALLARDO GARCÍA, en: Terradillos Basoco (dir.), Derecho Penal. Parte especial, volumen II, 2ª, Iustel, Madrid, 2016, 374 s., destacando que la ampliación de los sujetos pasivos de la acción en el art. 550.1 segundo párrafo CP ha derivado en un oscurecimiento en el nexo de unión entre las conductas típicas y el bien jurídico que aparece en la rúbrica del Título en el que está sistematizado el delito, el orden público. Y todavía es más lejana esta relación si se atiende a lo dispuesto en el art. 554.2 y 3 CP.

[26] Tesis defendida por CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 32, 38, un bien jurídico supraindividual, sin referente individual, de lesión si se entiende desde la afectación de la dignidad funcional concretada en el buen funcionamiento de los servicios públicos. Atendiendo a este bien jurídico, la autora reconoce que estamos ante un delito contra el buen funcionamiento de los servicios públicos, por tanto, su ubicación sistemática no es la adecuada (p. 32 n. 38); en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 740. En este mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), Delitos. La parte especial del Derecho penal, Dykinson, Madrid, 2016, 967.

[27] Véase, sobre este bien jurídico, ROIG TORRES, Atentado, 2004, 73 ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz Atentado, resistencia y desobediencia, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 116, admite que el bien jurídico protegido puede ser el principio de autoridad si se entiende de modo funcional, en cuanto que sirve al buen funcionamiento de los poderes públicos puestos al servicio de la colectividad. Como esta formulación del bien jurídico puede ser malinterpretada, pues puede verse connotaciones autoritarias en él, propone finalmente otro bien jurídico protegido en el delito de atentado.

[28] Esta es la definición del bien jurídico propuesta finalmente por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: Luzón Peña (dir.), EPB 2002, 116. Para JAVATO MARTÍN, Atentado, 2005, 340 ss., el bien jurídico sería el correcto funcionamiento de los órganos estatales o el normal desenvolvimiento de las funciones públicas. Este autor advierte que, en el atentado con ocasión del ejercicio de las funciones públicas, el bien jurídico sería otro, perviviendo un vestigio de la protección privilegiada de la autoridad o funcionario público (p. 342); en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 421. Para BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1344; y URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 797, el bien jurídico protegido sería el correcto funcionamiento de la función pública como servicio ciudadano. En términos similares, LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 59 s., añadiendo el derecho a desempeñar las funciones asignadas con dignidad y seguridad; MARTÍNEZ CORREA, El delito de atentado y otras infracciones penales a la autoridad y sus agentes, Bosch, Barcelona, 2010, 8; MUÑOZ

Desde esta formulación del bien jurídico resulta irrelevante si el atentado se dirige contra uno o varios agentes de la autoridad; sea uno u otro supuesto el delito se habrá cometido una sola vez[29]. Otra cosa será valorar la concreta conducta de acometimiento y los posibles resultados lesivos para bienes jurídicos de titularidad individual (fundamentalmente la integridad física).

Las conductas típicas que pueden entrar en juego en este ejemplo son las de agredir o acometer a los agentes de la autoridad (antes de la reforma de 2015 la conducta de agredir no estaba tipificada, en su lugar se incluía la de emplear fuerza). En principio entre estas dos conductas típicas no se encuentra una diferenciación, al menos sustancial[30], pues ambos términos son sinónimos[31], y tal similitud se refleja en la definición de la RAE del término agresión como acto de acometer a alguien para

---

CONDE, PE, 20ª, 2015, 752; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1770. CÓRDOBA RODA, Artículo 550, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 20014, 2517, define el bien jurídico como el adecuado ejercicio de la función pública. En términos parecidos, GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 629. Por su parte, GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 772, define el bien jurídico como la seguridad pública entendida como protección de personas y bienes y mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano.

[29] Así lo destacan, entre otros, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 186; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 60, 367; MARTÍNEZ CORREA, Atentado, 2010, 11; JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP, 2015, 439 s.; VERA SÁNCHEZ, Artículo 550, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1674.

[30] Como se ha indicado en el texto, con la reforma de la LO 1/2015 se han mencionado expresamente las dos conductas típicas, agredir y acometer, y la conducta de agredir ocupa el lugar de la antigua conducta típica de emplear fuerza contra la autoridad o el agente. Para CUERDA ARNAU, Atentados y resistencia (arts. 550 y ss.), en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 1291; La reforma del delito de atentado, en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 161, este cambio legislativo puede tener dos explicaciones: una, hacer explícito que el acometimiento no exige la materialización de la agresión; dos, y parece que esta es la más factible, extender el ámbito del delito a través del concepto más amplio de agresión (tesis que descarta esta autora). También advierte de esta doble lectura del cambio legislativo, y previsiblemente la segunda es la que se ha perseguido, la ampliación del delito de atentado a través de la conducta de agresión, VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1671, pues a través de la conducta de agredir se podrán castigar conductas que no se subsumen en la conducta de acometer, poniendo como ejemplos coger por la vestimenta al agente, arrojarle proyectiles de pintura.

[31] Véase, en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: Luzón Peña (dir.), EPB 2002, 118; CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2518, 2528, interpretando la acción de acometimiento como agresión en sentido estricto; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 165 s.; BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva dir.), PE, 2ª, 2015, 1345; CUERDA ARNAU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 741; GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 771; JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 424; LLOBET ANGLÍ, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), PE, 4ª, 2015, 417; en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18307; MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 753 s.; QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1244; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1670; LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 967; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1771. Para más detalles sobre la conducta de acometimiento, ofreciendo ejemplos tomados de resoluciones judiciales, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 64 ss. y nn. 115-117; ROIG TORRES, Atentado, 2004, 119 ss., 123; JAVATO MARTÍN, Atentado, 2005, 364 ss., 366 s.; MARTÍNEZ CORREA, Atentado, 2010, 12 s.

matarlo, herirlo o hacerle daño. Y acometer se define, entre otras, como embestir con ímpetu y ardimiento, emprender, intentar, decidirse a una acción o empezar a ejecutarla[32].

La conducta típica de acometer, a la vista de su definición, no requiere que se produzca un resultado traducido en un menoscabo en la integridad de la persona agredida; la consumación se produce con la iniciación del ataque, con el movimiento que revela su finalidad agresiva[33].

El último elemento típico requiere que el acometimiento o la agresión se realice cuando el agente se halle en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas: en el primer caso la conducta típica de acometer o agredir (entre otras) se realiza en el momento en el que el agente se encuentra desempeñando los actos que están comprendidos en la esfera de sus atribuciones, realiza actos que corresponden a las competencias genéricamente asignadas al agente. En el segundo caso, el que interesa en este comentario, la conducta típica de acometer o agredir (entre otras) se realiza como reacción a la función ya realizada, o en previsión de la función que se va a llevar a cabo en el futuro; el motivo que impulsa el atentado es la función que va a ejercer el agente o que ya ha ejercido. Con este elemento típico se abarca el acometimiento o agresión que se comete durante el ejercicio de la función, con anterioridad a su ejercicio o una vez finalizado el ejercicio de la función asignada al agente[34].

---

[32] GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 637, se plantea la posibilidad de que la conducta típica de acometer tenga mayor entidad que la de agredir, exigiendo una carga agresiva que excede a determinadas agresiones.

[33] Así lo reconocen, entre otros, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 67, 88; en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 741; CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2518, 2528; ROIG TORRES, Atentado, 2004, 120; JAVATO MARTÍN, Atentado, 2005, 365; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 425 s., con ejemplos de conductas de acometimiento; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 179 ss., 182 s., 368; MARTÍNEZ CORREA, Atentado, 2010, 12; BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva dir.), PE, 2ª, 2015, 1345 s.; GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 635; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1670; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1771; URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 798. A otra conclusión llega QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1245, para quien, tras la reforma de 2015, el delito de atentado se ha convertido en un delito de resultado, no es ya un delito de tendencia.

[34] Para más detalles sobre este requisito típico, véase, entre otros, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 93 ss., 96 ss.; CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2523 s.; ROIG TORRES, Atentado, 2004, 159 ss.; JAVATO MARTÍN, Atentado, 2005, 377 ss.; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 430 ss.; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 286 ss.; MARTÍNEZ CORREA, Atentado, 2010, 18 ss.; LLOBET ANGLÍ, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), PE, 4ª, 2015, 417; en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18304 s.; QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1248 s.; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1672 s.; TERRADILLOS BASOCO/GALLARDO GARCÍA, en: Terradillos Basoco (dir.),

En cuanto al tipo subjetivo, la discusión se centra en si nos encontramos ante un delito que requiere o no un especial elemento subjetivo del injusto, lo que puede tener repercusión sobre la posible exclusión de la tipicidad del atentado cuando este se realiza con dolo eventual.

Con carácter general se ha admitido que el delito de atentado no requiere de ningún elemento subjetivo del injusto[35], siendo suficiente con que el sujeto actúe de manera dolosa, incluyendo también la modalidad del dolo eventual[36].

Pero, ante un hecho concreto, ¿de qué manera se puede deducir que concurre el dolo de atentar contra los agentes de la autoridad?

En el caso tomado como referencia la AP ha afirmado con rotundidad que los tres acusados han actuado dolosamente.

Inicialmente se reconoce que el tipo penal literalmente no exige un especial elemento subjetivo del injusto, definido como ánimo de menoscabar el principio de autoridad, consistente en el propósito de escarnecer y menospreciar este principio, pero, a continuación se afirma que tanto doctrina como jurisprudencia sí exigen dicho especial elemento subjetivo del injusto, y que tal elemento subjetivo especial se presume concurrente cuando el sujeto activo conoce que la víctima del acometimiento o agresión ostenta el carácter público. Acto seguido se advierte de que tal ánimo de menoscabar el principio de autoridad se sobreentiende que concurre cuando se produce

---

PE II, 2ª, 2016, 374; URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 798.

[35] Así lo reconocen, por todos, LLOBET ANGLÍ, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), PE, 4ª, 2015, 419, aludiendo al planteamiento de la moderna jurisprudencia sobre esta cuestión: si la antigua jurisprudencia exigía un especial elemento subjetivo, el menosprecio al principio de autoridad, la moderna jurisprudencia ha prescindido de este elemento, entre otras razones, porque el bien jurídico se formula de otra manera y porque el tenor literal del art. 550 CP no alude a tal elemento subjetivo; en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18317. Sobre las dos líneas jurisprudenciales en torno al elemento subjetivo del injusto, a favor y en contra de su exigencia (y en el primer caso sería el principio de autoridad), VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1673. Minoritariamente la doctrina sí mantiene que el delito de atentado requiere de un especial elemento subjetivo del injusto, si bien se defiende esta interpretación cuando el atentado se comete con ocasión del ejercicio de las funciones públicas; para el atentado cometido en el ejercicio de la función pública basta con el dolo, incluido el dolo eventual. Es la tesis defendida por ROIG TORRES, Atentado, 2004, 172 ss., 175 ss., 178 ss. También parece defender la tesis que requiere un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de atentado MARTÍNEZ CORREA, Atentado, 2010, 23.

[36] Véase, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: Luzón Peña (dir.), EPB 2002, 117; CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 148 ss.; CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2526; JAVATO MARTÍN, Atentado, 2005, 392 ss.; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 434 s.; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 301 ss., 305 ss., 310 ss.; GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 637; QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1251; LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 968; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1774 s.

el acometimiento o la agresión al agente de la autoridad que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, o es acometido o agredido con ocasión de tal ejercicio.

A juicio de la AP de Cádiz, el dolo de acometer o agredir a los agentes de la autoridad ha quedado probado, deduciendo el dolo de la frase siguiente: los acusados, enfadados por la acción ocurrida unos días antes en la que a uno de ellos le han intervenido la motocicleta de su propiedad, decidieron "dar un escarmiento" a los agentes y, por tal motivo, arrojaron *contra ellos* un artefacto explosivo (frase aparecida en el fundamento jurídico, no en el relato de hechos probados).

De tal frase no solo se deduce el dolo, también el especial elemento subjetivo del injusto de menosprecio a la autoridad que representan los agentes. ¿Son deducciones asumibles?

Comenzando en primer lugar por el especial elemento subjetivo del injusto, el ánimo de menospreciar el principio de autoridad, aparte de que tal elemento no se exige literalmente, tampoco parece que sea un elemento que tenga que deducirse de la interpretación del tipo penal. Se podría haber mantenido la exigencia de este especial elemento subjetivo del injusto desde un determinado planteamiento del bien jurídico protegido en el art. 550 CP, el principio de autoridad, una postura defendida en la doctrina y jurisprudencia tradicional, pero que prácticamente está abandonada en la actualidad, tal como se ha comentado con anterioridad, y tal conclusión ha de seguir manteniéndose tras la reforma de 2015, a pesar de que esta reforma ha supuesto un giro claramente orientado hacia la recuperación de este planteamiento del delito de atentado.

Para el caso de que se mantuviera aquella interpretación, esto es, el delito de atentado sí requiere de la concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto (se trataría de un delito de tendencia interna intensificada), basada en el bien jurídico protegido o deducible de algún otro elemento típico, en el caso tomado como ejemplo se podría negar que concurra dicho especial elemento subjetivo. En apoyo de esta alegación cabría plantear que, derivado del requisito subjetivo consistente en el ánimo de menospreciar el principio de autoridad, el delito de atentado tiene que ser cometido con dolo directo de primer grado o, a lo sumo, con dolo directo de segundo grado, pero no resulta compatible con el dolo eventual. Y acto seguido, de manera argumentativa, en el caso del ejemplo se plantearía que los acusados, cuando han lanzado el cóctel Mcgyver, han actuado a lo sumo con dolo eventual, asumiendo la eventualidad de que el cóctel alcance a alguno de los agentes, pero en ningún caso han actuado con dolo

directo ni mucho menos con la intención o propósito de menoscabar la autoridad de los agentes.

En apoyo de que los acusados no han actuado con dolo directo, sino a lo sumo con dolo eventual, podría atenderse al mismo párrafo en el que se ha apoyado la AP de Cádiz para afirmar el dolo de acometer o agredir: los acusados decidieron dar un escarmiento a los agentes, arrojando el artefacto explosivo; el escarmiento no ha de significar necesariamente intención de menospreciar el principio de autoridad, ni siquiera intención de acometer o agredir; el escarmiento se podría traducir en la siguiente construcción: "tú me quitas la moto, yo te causo daños en tu coche". A mayor abundamiento, en el relato de hechos probados no se ha dicho que los acusados arrojaran el artefacto a los agentes, sino que lanzaron el artefacto al aparcamiento. Y, por cierto, este dolo eventual podría estar confirmado a la vista de cuál ha sido la calificación de la AP de Cádiz en relación con las lesiones sufridas por uno de los agentes: se ha recurrido a la construcción del dolo eventual. Pero, si en el delito de atentado los acusados actúan con intención de dar un escarmiento, y arrojan contra los agentes el artefacto explosivo, quieren agredirles con el artefacto explosivo, las lesiones tendrían que ser la consecuencia necesaria de la acción, no una eventualidad, sobre todo si la consecuencia necesaria se vincula solo al efecto abstractamente considerado de la acción de agredir o acometer, es decir, si no se refiere a los concretos resultados lesivos para la integridad física en los que se puede materializar la conducta agresiva[37].

Si se rechaza que el delito de atentado requiera un especial elemento subjetivo del injusto, entendido como el ánimo o propósito de menospreciar el principio de autoridad, aún habría otra posibilidad para descartar que los acusados hayan cometido este delito. Porque se podría entender que el tipo subjetivo del delito de atentado solo requiere el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo global de injusto[38]. Ahora bien, derivado de los verbos típicos empleados para la descripción de las conductas típicas, acometer, agredir, oponer resistencia, se podría entender que este delito exige la actuación con dolo directo, no resultando típica la actuación realizada con dolo eventual (sea cual sea la concepción defendida en torno al

[37] Porque el sujeto puede tener intención de agredir al agente de la autoridad, pero el resultado efectivamente causado, las lesiones concretamente producidas al agente, puede que no estén abarcadas por el dolo (ni siquiera el eventual) del sujeto. Porque, por ejemplo, se causan lesiones más graves de las pretendidas como consecuencia de una falta de atención en el manejo del objeto utilizado para la agresión del agente. Sobre la posibilidad de que el delito de atentado se cometa dolosamente, el eventual resultado lesivo se atribuya a una conducta imprudente, véase, por todos, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1251.

[38] Es el concepto de dolo objetivamente malo formulado por LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 32.

dolo eventual)[39]. Desde la consideración de que los acusados, a lo sumo, han aceptado la eventualidad de que el artefacto explosivo alcanzara a los agentes que se encontraban en el aparcamiento, pero no era esa su intención, y tampoco era la consecuencia necesaria de su acción, esto es, su intención no era agredir ni acometer a los agentes, sino causar daños en los vehículos de los agentes, el delito de atentado a los agentes de la autoridad quedaría descartado.

Al margen de las consideraciones hechas hasta ahora, la deducción de que los acusados han actuado con dolo de cometer atentado a los agentes de la autoridad tampoco resulta tan evidente en el caso tomado como referencia.

Como se ha explicado antes, la AP no ha dudado en afirmar que los tres acusados han actuado con dolo, en su forma de dolo directo, pues considera probado que los acusados han arrojado el artefacto explosivo contra los agentes de la autoridad que se encontraban en el aparcamiento. Pero esta afirmación puede ser puesta en entredicho, pues los hechos probados no son tan claros como para hacer esta deducción.

De la narración de hechos probados no resulta probada de manera evidente cuál era realmente la intención de los acusados, si era cometer atentado contra los agentes o era causar daños a bienes de los agentes y/o a bienes públicos. Porque, si bien en el párrafo de los fundamentos jurídicos que se ha destacado anteriormente la AP de Cádiz sí afirma que los acusados arrojaron el artefacto contra los agentes, en el relato de hechos probados se da como probado que los acusados arrojaron el artefacto explosivo hacia el aparcamiento de la Jefatura de Policía Local, no hacia las personas que se encontraban en el aparcamiento. De esta última frase no se deduce claramente que la intención de los acusados sea precisamente agredir o acometer a los agentes.

Esta relativa ambigüedad en la descripción del relato de hechos probados, descartado el dolo directo, permitiría plantear como hipótesis el problema de la delimitación entre el dolo eventual, concluyendo que sí se ha cometido el delito, y la imprudencia consciente, llevando al resultado de que no ha habido delito de atentado. Para hacer este planteamiento sería necesario probar que la intención de los acusados no era acometer o agredir a los agentes, sino causar daños en los vehículos ubicados en el aparcamiento.

[39] En la explicación sobre el tipo subjetivo del delito de atentado, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1251, afirma que el acometimiento exige dolo, pero puede darse sin ninguna otra finalidad; para las otras dos modalidades no parece que puedan tener sentido si no es con referencia a una finalidad.

En el análisis del tipo subjetivo del delito de atentado, para decidir si se ha cometido con dolo eventual o con imprudencia consciente, con la ulterior consecuencia de que, en este último caso, la conducta no sería típica (pues no se ha previsto el delito de atentado imprudente), se podrían llegar a resultados diferentes dependiendo del planteamiento teórico que se asuma en la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente: desde las teoría del consentimiento, teorías de la probabilidad y de la posibilidad, teoría de la indiferencia, teoría mixtas y teoría restringida del consentimiento[40].

Para una aplicación lo más exacta posible de las diferentes teorías sobre la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, la información sobre ciertos detalles que no son mencionados en los hechos probados parecen resultar importantes: distancia entre los acusados y los agentes de la autoridad, campo visual de los acusados, pues parece que hay una tapia o pared, ya que uno de los agentes solo puede ver cuatro cabezas en el lugar de donde proviene el artefacto, hacia dónde han dirigido la botella, pues el impacto mayor ha afectado a los vehículos aparcados en el lugar, no a los agentes, de qué manera están posicionados los agentes en el aparcamiento (solo se relata que están hablando en el aparcamiento, y que el artefacto ha alcanzado a tres de los cuatro agentes que allí se encuentran: a uno sí le causan lesiones, a los otros dos la detonación les alcanza mínimamente, porque sufren desperfectos en ropa y uniformes), de qué manera han lanzado la botella, la distancia entre los vehículos y los agentes, sin olvidar las propias características del artefacto explosivo que se ha utilizado: dimensiones, capacidad expansiva, de qué manera puede provocar efectos destructivos, si por impacto, por estallido, por liberación de gases y humos, etc. Sobre este último interrogante sí se encuentra alguna referencia en el relato de hechos probados: cuando la botella alcanza el suelo, al tratarse de una mezcla explosiva, produce una detonación.

Aun con reservas, se puede acabar afirmando que, efectivamente, y como mínimo, los acusados han actuado con dolo eventual respecto del acometimiento o agresión a los agentes de la autoridad que se encuentran charlando en el aparcamiento. Y, dado que el lugar es el aparcamiento de la Jefatura de Policía, es de suponer que las personas que se encuentran en ese lugar son, efectivamente, policías locales, aun cuando no lleven todos

[40] Sobre las diferentes teorías planteadas doctrinal y jurisprudencialmente sobre la delimitación entre dolo eventual-imprudencia consciente, véase LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 54-79.

ellos el uniforme que los identifica claramente. Porque, precisamente el agente que ha resultado alcanzado por la detonación va vestido de paisano, por estar ya fuera de servicio (en los hechos probados sí se afirma que todos los agentes que están en el aparcamiento están visibles, y que todos, menos uno, están vestidos de uniforme). Es decir, aunque su intención no sea atentar contra los agentes de la autoridad, sino causar daños, siendo conocedores de que en el aparcamiento se encuentran varios agentes, son conscientes de que el artefacto puede alcanzar a alguno de ellos, esto supone, por tanto, que alguno puede resultar agredido o acometido, y asumen esta eventualidad, o les resulta indiferente, o es probable que tal eventualidad suceda, o dado el peligro que implica la utilización de un artefacto explosivo, se toman en serio y cuentan con que van a alcanzar a alguno de los agentes, o porque no hay una confianza mínimamente razonable en que alguno de los agentes no resulte alcanzado por el aparato explosivo, por tanto en que no sean acometidos o agredidos[41].

2. El art. 551 CP: las circunstancias cualificantes de los apartados 1º y 2º

La reforma de 2015 ha modificado el precepto regulador de las circunstancias cualificantes del delito de atentado, en la actualidad el art. 551 CP[42]. En lo que aquí interesa, la antigua circunstancia cualificante consistente en si la agresión se verificaba con armas u otro medio peligroso se ha convertido en dos (en realidad tres)[43] circunstancias cualificantes[44]:

[41] Planteado el delito de atentado cometido con dolo eventual (no con dolo directo, como ha argumentado la AP de Cádiz), esta calificación tendría reflejo en la determinación de la pena, a través de la regla del art. 66.1.6ª CP (atendiendo a la gravedad del hecho), tal como explica LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 80-81.

[42] Analizada la justificación dada para esta reforma del tipo agravado, no se encuentra un argumento defendible. En efecto, en el Preámbulo de la LO 1/2015, en el punto XXIII, se alega como argumento que se "ofrece una respuesta contundente a todos aquellos supuestos de atentado en los que concurren circunstancias de las que se derivan su especial reprochabilidad". La agravación ha de anudarse con un mayor contenido de injusto (sea mayor desvalor de acción y/o de resultado), pero no con términos que tienen connotaciones claramente relacionadas con la mayor culpabilidad, pues la culpabilidad siempre ha de establecerse desde un previo hecho injusto debidamente fundamentado: la responsabilidad es por el hecho cometido, pudiendo tener el sujeto una plena responsabilidad, una responsabilidad atenuada o nula responsabilidad. Porque en última instancia, castigar con mayor pena por concurrir circunstancias de las que se derivan una mayor reprochabilidad puede llevar al denostado DP de autor, entre otras consecuencias claramente rechazables. Sobre esta forma de entender la culpabilidad, descartando que haya circunstancias que permitan aumentar el grado de culpabilidad del sujeto sin necesidad de que reviertan en un incremento del injusto, véase, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 26/nm. 45.

[43] La tercera circunstancia cualificante sería la del art. 551.3ª CP: acometimiento a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.

[44] Porque como medio peligroso se incluía la utilización de un vehículo para atropellar a los agentes, es el caso de CÓRDOBA RODA, Artículo 552, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2529. También JAVATO MARTÍN, Artículo 551, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 442, advierte que el uso de vehículo a motor era apreciado a través de la circunstancia consistente

-1ªAgravación cuando en el atentado se hace uso de armas u otros objetos peligrosos.

-2ª Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

A continuación se procederá a interpretar el alcance de cada una de estas circunstancias. Pero resulta necesario advertir previamente la posibilidad, nada infrecuente, de que en un mismo hecho concurran ambas circunstancias, hecho que, sin embargo, no dará lugar a un incremento penológico, a lo sumo el Juez podrá valorar que concurren las dos circunstancias cualificantes en la individualización judicial de la pena. O que los medios potencialmente peligrosos descritos en la circunstancia segunda en el caso concreto se conviertan en uno de los objetos peligrosos de la circunstancia primera (en este caso si se admite que entre la circunstancia primera y segunda hay diferencias en cuanto a su alcance aplicativo).

a) Atentado haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos

El primer cambio en comparación con la antigua circunstancia cualificante se refiere al ámbito aplicativo de la misma: si antes estaba conectada con la agresión a la autoridad, al agente de la autoridad o al funcionario público, y se entendía limitada a los supuestos en los que efectivamente se hacía uso del arma o del medio peligroso[45], ahora va referida al atentado haciendo uso de armas o un objeto peligroso. Significa, pues, *a priori*, una ampliación a todas las conductas típicas del atentado[46]. Será preciso decidir

---

en que la agresión se verificara con un medio peligroso. Con carácter general, refiriéndose a las circunstancias cualificantes del art. 551.2º y 3º CP, más ampliamente GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 775, las circunstancias segunda y tercera no son otra cosa que especificaciones de la circunstancia primera; QUINTERO OLIVARES, Artículo 551, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1781, calificándolas de innecesarias y redundantes, y, por otro lado, tales medios mencionados en estos numerales ya estaban siendo apreciados jurisprudencialmente como medios peligrosos de la primera de las circunstancias cualificantes. Concluye este autor con su argumento afirmando que, pese a todo, el legislador las incluye expresamente, "fiel a su tendencia a no fiarse de lo que puedan hacer los jueces y, para evitarlo, dejar las sentencias medio hechas ya en el BOE". También considera redundante la circunstancia cualificante segunda, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1254.

[45] Sobre la interpretación de la antigua circunstancia cualificante consistente en si en la agresión se verificaba con armas u otros medios peligrosos, véase, por todos, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 158 ss.; CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2528 s.; LORENTE VELASCO, Atentado, 2010, 211 ss.

[46] GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 774 s., destaca que ahora la circunstancia cualificante va referida a cualquier modalidad de atentado, ampliándose así su radio de acción; en el mismo sentido, CUERDA ARNAU, en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.), Protección del

si tal conclusión es o no acertada, atendiendo a la forma como se ha construido la conducta típica consistente en oponer resistencia (a través de la violencia o la intimidación grave), teniendo en cuenta, por tanto, el significado que se quiera atribuir al verbo típico, hacer uso del objeto peligroso[47].

En segundo lugar, se agrava la pena del delito de atentado si se hace uso de un arma o de otro objeto peligroso. Se plantea la cuestión relativa al significado del verbo típico utilizado para describir esta circunstancia; ¿la mera exhibición del arma o del objeto peligroso está incluida en la agravación?[48] Es un término también utilizado en otros tipos agravados, como por ejemplo, en el delito de robo con violencia (art. 242.3 CP), por lo que surgirá la duda de si procede o no realizar una interpretación sistemática de la misma. Si se tiene en cuenta que en el tipo básico se alude a la conducta consistente en oponer resistencia grave con intimidación grave o violencia, es factible entender que en la circunstancia cualificante que ahora nos ocupa se pide un uso cualitativamente significativo, no siéndolo la mera exhibición, o el porte de un arma u

orden público, 2016, 164. La circunstancia cualificante resulta aplicable a las conductas de acometimiento (agresión) y resistencia para VERA SÁNCHEZ, Artículo 551, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1674. Ahora bien, es preciso tener en cuenta de qué manera se puede plantear la conducta de oponer resistencia, pues puede realizarse empleando violencia, y en este caso sí se puede hacer uso de un arma u otro objeto peligroso, o por medio de la intimidación grave, y, en este caso, el uso consistirá en la exhibición del objeto, pero puede que la mera exhibición no tenga la entidad suficiente como para fundamentar la agravación de la pena del tipo cualificado (como se verá más adelante, a esta conclusión llega el autor citado). Por su parte, URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 800, sigue refiriéndose a la antigua circunstancia cualificante consistente en el uso de un arma u otro medio peligroso que se verifica por medio de una agresión: va referida a la conducta de agresión y consiste en el uso efectivo.

[47] Sobre este particular, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1349, teniendo en cuenta que se trata de una circunstancia cualificante, y desde la pena resultante de su aplicación, plantea la posibilidad de que vaya referida a las acciones típicas de acometimiento o agresión. Y extrae esta propuesta teniendo en cuenta que la circunstancia cualificante consiste en hacer uso de un arma u objeto peligroso, considerando que la mera exhibición del arma no sería una conducta de usar, pero sí serviría para la fundamentación de la conducta típica del art. 550 CP, oponer resistencia con intimidación grave. Aunque no comparte esta interpretación, JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 442, advierte que la reforma ha supuesto una ampliación del ámbito aplicativo de la circunstancia cualificante, pues antes iba referida a la agresión verificada con armas, ahora alude al atentado haciendo uso de armas, posibilitándose la extensión de su aplicación también a la resistencia violenta o intimidatoria. Y esto significaría poner en cuarentena la interpretación jurisprudencial hasta ahora realizada del tipo cualificado de atentado, pues era interpretación consolidada la exigencia de un uso efectivo del arma para apreciar el tipo agravado, no bastando la mera exhibición.

[48] Así lo admiten, entre otros, CUERDA ARNAU, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2015, 1296; en: Gónzalez Cussac (coord.), PE, 4ª, 743; en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.), Protección del orden público, 2016, 164; GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 639.

objeto peligroso, porque además la exhibición del arma puede ser una de las formas en que se plantee la resistencia grave a través de la intimidación grave[49].

En tercer lugar, se sustituye el término medios peligrosos por el de objetos peligrosos. Quizás la razón del cambio se encuentra en la decisión de introducir dos circunstancias cualificantes que se basan en la utilización de medios peligrosos, pretendiendo de esta manera mantener la primera de las circunstancias cualificantes para los objetos peligrosos. En cualquier caso, la diferenciación entre objeto peligroso-medio peligroso no resulta tener demasiada relevancia[50], pues en todo caso se pretende abarcar cualquier supuesto que implique un incremento del peligro que se deriva de la conducta de atentado.

En cuarto lugar, ha de aludirse a lo que no dice esta circunstancia cualificante: ¿cuál es el fundamento de la agravación? ¿Por qué si se hace uso de un arma o de un objeto peligroso el atentado ha de ser castigado más gravemente? El arma, interpretado en sentido normativo[51], no en sentido fáctico, u otro objeto peligroso, tienen características peculiares, su uso genera un riesgo mayor para la integridad del agente, o para su vida. Será pues el peligro que implica para la vida o la integridad personales el fundamento de la agravación. Junto a este *plus* de peligrosidad, el uso del arma u objeto

[49] Véase, en este sentido, VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1675 s. También excluye el uso intimidatorio de la circunstancia cualificante QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1253. Para GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 775, dado que la agravación se construye sobre el hacer uso de armas, esto puede servir para excluir el mero porte del arma; en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1780, para quien la referencia a hacer uso del arma supone una restricción del alcance del tipo, pues queda fuera el porte del arma, pero nada dice si también queda fuera la exhibición. Desde esta perspectiva, pese al cambio de redacción de la circunstancia agravatoria, se mantendría la anterior interpretación consistente en que el arma o medio peligroso debía ser utilizado para la agresión, no bastando con la mera exhibición o con el porte del arma o medio peligroso. Véase, sobre esta interpretación, por todos, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 160.

[50] A no ser que, como advierte LLOBET ANGLÍ, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18332, haya supuestos en los que se utilizan medios que no pueden ser calificados como objetos, poniendo como ejemplo la utilización de artes marciales para agredir al agente. Pero advierte esta autora que la imposibilidad de considerar este medio de ataque como objeto peligroso no tiene relevancia, pues sí es susceptible de ser considerado como un medio peligroso de los incluibles en el art. 551.2 CP.

[51] Desde el momento en que se diferencia entre arma u otro objeto peligroso, ha de entenderse que el primer término tiene un significado muy delimitado, el objeto que tenga la consideración de arma, no incluyendo cualquier objeto que, en un momento dado, pueda ser utilizado como arma. Sobre el significado de arma, CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2528, lo define como instrumento destinado a ofender o defender, no basta con que sea una cosa que pueda ser utilizada con esta finalidad, tiene que ser el destino normal de la cosa. LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 970, recurre al Reglamento de armas para la interpretación de este elemento típico. Sobre el concepto de arma, QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1780, se hace eco de la interpretación jurisprudencial de este término, en sentido amplio, pero reconoce que la discusión carece de relevancia pues si un determinado objeto no es calificado como arma pasará a ser incluido en el medio o el objeto peligroso.

peligroso también tiene incidencia en el bien jurídico protegido directamente en el atentado, en la medida en que la acción de acometimiento o agresión es potencialmente más peligrosa, afectando en mayor medida el correcto desempeño de la función pública asignada a la persona víctima del atentado[52].

Desde la perspectiva del peligro para los bienes jurídicos individuales, ¿se ha de tratar de un peligro concreto para la vida o integridad personales? ¿O bastará con la peligrosidad *ex ante* que implica la utilización de un objeto peligroso en la ejecución de la acción de atentado?

Quizás resulte necesario introducir una interpretación restrictiva, para dar también sentido a las nuevas circunstancias cualificantes introducidas en el reformado art. 551 CP. Desde esta perspectiva, aunque suponga equiparar penológicamente circunstancias cualificantes con diferente fundamentación (por lo que se dirá más adelante), se podría entender que a través de la circunstancia consistente en hacer uso de armas u otros objetos peligrosos, limitando el uso a la efectiva utilización para el acometimiento o la agresión, o para la oposición de resistencia a través de la violencia, se está aludiendo a un medio comisivo que pone en concreto peligro la integridad física o la vida del agente[53]. Se trataría de una circunstancia cualificante semejante a la descrita en el art. 148.1.1º CP, consistente también en usar armas, objetos o medios peligrosos, con la diferencia de que en el delito de lesiones se exige un efectivo resultado lesivo de la integridad física del lesionado además del peligro concreto para la vida o la salud de la persona lesionada. Se trataría de una exégesis contraria a la que parece haber sido la intención de la reforma, pues supone restringir el ámbito aplicativo de la circunstancia cualificante, cuando precisamente los cambios introducidos en la formulación genérica del delito de atentado van dirigidos en el sentido contrario, favorables a la ampliación de su ámbito aplicativo, también en el caso de las circunstancias cualificantes[54]. Con la

[52] Sobre el fundamento de la agravación, ya con la anterior regulación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: Luzón Peña (dir.), EPB 2002, 120 s., quien planteaba como fundamento de agravación el especial peligro que el uso de armas o medios peligrosos suponen para bienes jurídicos básicos de las autoridades o funcionarios públicos, y, por tanto, también para el correcto desempeño de sus funciones, lo que también repercutía en el bien jurídico protegido por el delito de atentado.

[53] Mantiene que en el actual art. 551.1º CP se está ante un delito de peligro concreto, entre otros, JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 443. Alude al peligro potencial para la vida o integridad del agente como consecuencia del uso de las armas u otros objetos peligrosos, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1349 s. De peligro relevante, potencial y real para la vida o integridad habla LLOBET ANGLÍ, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18333.

[54] Así lo advierte CUERDA ARNAU, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2015, 1295 s.; en: Gónzalez Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 743; en: Cuerda

propuesta interpretativa se pretende mantener el ámbito aplicativo de la circunstancia cualificante, tal como se estaba entendiendo jurisprudencialmente hasta la reforma de 2015, si acaso con la única salvedad de que la circunstancia cualificante también resulta aplicable a la conducta de oposición de resistencia mediante la violencia, y no solo a la conducta de acometimiento o agresión.

Desde la exégesis propuesta nos encontramos ante una circunstancia cualificante construida sobre el requisito de peligro concreto para la vida o la integridad de la/s víctima/s del atentado. Y sobre él se ha de construir el tipo subjetivo, el dolo de peligro concreto, abarcando el conocimiento (y el elemento volitivo) la peligrosidad del objeto utilizado para la agresión o la oposición de resistencia, extendiéndose tal conocimiento (y aceptación) al resultado de peligro concreto para la vida o integridad que supone el uso del objeto peligroso.

b) Acto de violencia ejecutado potencialmente peligroso para la vida de las personas o que pueda causar lesiones graves

Como se ha comentado, la reforma de 2015 introduce de manera explícita esta segunda circunstancia cualificante, por lo que resulta necesario encontrar un significado específico para ella que sirva para diferenciar su ámbito aplicativo de la circunstancia descrita en el apartado 1º.

En la interpretación de esta circunstancia cualificante no se ha conseguido alcanzar un mínimo acuerdo sobre su significado y alcance. Tales discrepancias se manifiestan ya desde el momento en que en este apartado se ha querido ver dos circunstancias cualificantes: la primera iría referida a la ejecución de un acto de violencia que resulte potencialmente peligroso para la vida o integridad de las personas, la segunda consistiría en el lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables, incendio, la utilización de explosivos. De esta diferenciación se extrae además la conclusión de que solo en la primera parte del apartado se ha hecho mención expresa al peligro potencial para la vida o la integridad, pero tal mención se ha omitido en la

Arnau/García Amado (dirs.), Protección del orden público, 2016, 163, 164, quien, refiriéndose al tipo agravado, afirma que la nueva redacción del art. 551.1º CP amplía su ámbito aplicativo, permite una interpretación alejada de la antigua circunstancia cualificante que atendía al concreto peligro que representaba la acción de agredir con armas u otros medios peligrosos. Con la nueva redacción se pueden defender interpretaciones basadas en la peligrosidad del arma o del objeto utilizado, al margen del peligro concreto que haya representado su uso.

segunda parte[55]. Como consecuencia de esta diferenciación en una doble circunstancia cualificante se ha entendido que en la primera parte del apartado el fundamento de la agravación se basa en la peligrosidad *ex ante* de la conducta violenta realizada, mientras que en el segundo párrafo del apartado se estaría ante la presunción de peligrosidad de los medios descritos en ella, una presunción *iuris et de iure*[56]. Es decir, de ser correcto este entendimiento, en este apartado se habría tipificado, por un lado, un delito de peligro abstracto, por otro lado, un delito de peligro presunto[57].

En otras ocasiones se ha entendido que el apartado 2º no es otra cosa que una concreción o especificación del apartado 1º y, desde esta perspectiva, se trata de una circunstancia cualificante innecesaria, por redundante[58]. Desde esta perspectiva tanto la circunstancia cualificante del apartado 1º como la del apartado 2º tendrían el mismo fundamento de agravación; a falta de mención literal expresa en la del apartado 1º, de la mención que se realiza en el apartado 2º se deduciría el fundamento común de ambas: se trata de la utilización de armas, objetos peligros, medios utilizados en la ejecución del acto violento que resultan potencialmente peligrosos para la vida o integridad personales. O, dicho de otra manera, estamos ante dos circunstancias cualificantes que descansan en la peligrosidad *ex ante* de la conducta en que consiste el atentado para otros bienes jurídicos: la vida, la integridad de los sujetos pasivos de la acción. A lo sumo se podría encontrar una diferenciación entre ambas circunstancias, atendiendo a que en el apartado 1º se omite tal referencia: si en el apartado 2º el peligro potencial va referido a la vida o integridad de las personas, en el apartado 1º se podría limitar desde la perspectiva del peligro potencial para la vida o integridad del o de los agentes víctimas del atentado.

---

[55] Véase, en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1350; CUERDA ARNAU, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2105, 1296; en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 743; en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.), Protección del orden público, 2016, 163.

[56] Extrae esta conclusión CUERDA ARNAU, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2105, 1296; en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 743; con más claridad aún en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.), Protección del orden público, 2016, 163. Llega a la conclusión de que en el apartado 2º del art. 551 se ha tipificado un delito de peligro presunto (descartando que haya dos circunstancias en una), JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 443.

[57] Sobre estas dos clases de delitos de peligro, el primero sí es acorde con los principios limitadores del *ius puniendi*, no así el segundo, véase LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 12/nm. 47.

[58] Véase, para más detalles, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1349; GARCÍA RIVAS, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 775; QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1254; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1781.

Como bien se advierte por los defensores de esta propuesta interpretativa, la misma lleva a entender que estamos ante una circunstancia reiterativa, redundante, innecesaria, por tanto. Si así fuera estaríamos ante un manifiesto ejemplo de la mala técnica legislativa denunciada al comienzo de este comentario: un legislador corto de miras que no es capaz de representarse el alcance y sentido de una circunstancia cualificante si no es a través de la enumeración, más o menos cerrada, de supuestos que son subsumibles en ella. Porque, obvio es decirlo, la interpretación hasta ahora llevada a cabo por la jurisprudencia de la antigua circunstancia cualificante consistente en que la agresión se verificara con armas o medios peligrosos no era en ningún caso interpretación analógica, vulneradora del principio de legalidad, cuando en ella se incluían los medios y supuestos ahora descritos de manera específica en el art. 551.2º y 3º CP. Porque precisamente se utilizaba el término medio peligroso, y los supuestos que se describen a modo de ejemplo en el actual art. 551.2º efectivamente lo son, igual que es medio peligroso el ahora también especificado en el apartado 3º del art. 551 CP.

Una vez incluida como circunstancia cualificante, ha de buscarse un ámbito aplicativo específico y diferenciado de la circunstancia relativa a la utilización de armas u objetos peligrosos. Resulta necesario, por tanto, dar un contenido específico a la circunstancia cualificante descrita en el apartado 2º del art. 551 CP. Comenzando porque nos encontramos ante una única circunstancia cualificante; cuando se alude a que, en particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables (por cierto, no se incluye el lanzamiento de líquidos corrosivos), el incendio, la utilización de explosivos, se trata de una enumeración ejemplificativa[59] de medios utilizados habitualmente en el delito de atentado, pero su interpretación ha de hacerse desde la perspectiva de la cláusula que explicita la razón de la agravación: es decir, que el uso de estos objetos o medios se convierta en un acto de violencia que resulte potencialmente peligroso para la vida o la integridad personales.

El fundamento de la agravación se basa, pues, en la comisión de alguna de las conductas violentas del atentado (acometimiento, agresión, oposición de resistencia a través de la violencia) empleando medios que sean peligrosos *ex ante* para las personas[60]. Se trata, en suma, de la construcción de una circunstancia cualificante desde

[59] De esta opinión, GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 639.

[60] Una peligrosidad *ex ante* que debe ser probada en el caso concreto, y abarcada por el dolo del sujeto. No se está, pues, ante una presunción, ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*, de peligro para estos bienes jurídicos. Alude a la peligrosidad potencial como fundamento de la agravación, desde un punto de

la consideración de que se trata de un delito de peligro abstracto para la vida o la integridad de las personas.

Además, la circunstancia cualificante se refiere al peligro potencial para las personas o que pueda causar lesiones graves.

Para evitar, o al menos mitigar, el criticable tratamiento penológico equivalente entre un delito de peligro concreto (apartado 1º) y un delito de peligro abstracto (apartado 2º) se puede recurrir a esta referencia al peligro para las personas o que pueda causar lesiones graves. En el delito de peligro concreto se puede entender que estamos ante el peligro individualizado o concretado en el agente víctima del atentado, o peligro concreto respecto de un número reducido y más o menos individualizado de agentes, mientras que en el delito de peligro abstracto, porque se refiere expresamente al peligro para la vida o la integridad de las personas, puede entenderse que el peligro afecta a los agentes de la autoridad, pero también a terceras personas que se pueden encontrar en las proximidades[61]; se trata de un peligro que afecta a un número indeterminado de personas, sean agentes y/o sean terceros, y al sujeto que comete el atentado no le importa que su acción llegue a comportar peligro para personas que nada tienen que ver con el ejercicio de la función pública. En cuanto al peligro de que pueda causar lesiones graves, a través de este requisito se puede entender que se quiere limitar a los medios comisivos que entrañen un alto grado de lesividad, capaces de poner en peligro la vida o, como alternativa, de causar lesiones de cierta entidad. Pero tal referencia no va a estar exenta de dificultades aplicativas, primero, porque será preciso averiguar qué se entiende por lesiones graves en esta circunstancia cualificante, si se quiere aludir a las lesiones agravadas por los resultados lesivos (arts. 149 y 150 CP) o si se propone una interpretación aún más amplia, referida a las lesiones constitutivas de delito menos grave o grave, abarcando por tanto también las lesiones del art. 147.1 CP. Y segundo, y no menos importante, porque no resulta sencillo deducir del medio peligroso utilizado

---

vista objetivo y *ex ante*, VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1676. De peligro hipotético habla JAVATO MARTÍN, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 443, si bien a continuación añade que se trata de una presunción de peligro, *iuris et de iure*, cuando se trata del lanzamiento de objetos, líquidos inflamables, el incendio o la utilización de explosivos.

[61] Sobre este particular, GÓMEZ RIVERO, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 639, reconoce que en la circunstancia cualificante del apartado 2º el peligro va referido a cualquier persona que pueda verse involucrada en la situación de peligro. De otra opinión, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1254, para quien la referencia al peligro para las personas ha de interpretarse desde la perspectiva de los sujetos pasivos de la acción del delito de atentado, los mencionados en los arts. 550 y 554 CP, no al peligro para terceras personas. Eso sí, esto supone admitir que el peligro va referido a un número indeterminado de sujetos, aunque se reconduzca a los sujetos pasivos de la acción del delito de atentado.

para el atentado si el mismo implica peligro de causar lesiones de mayor o menor entidad, pues en muchas ocasiones el hipotético efecto lesivo de mayor o menor alcance dependerá de factores que confluyen en el momento en que se ejecuta el acto violento[62].

La enumeración ejemplificativa de medios altamente peligrosos sirve para confirmar la interpretación que se propone de la circunstancia cualificante: son medios que revelan su peligrosidad intrínseca, capaces de afectar a un número indeterminado de personas, más allá del agente directamente seleccionado por el sujeto activo, en su caso; son medios cuya peligrosidad efectivamente va referida a la capacidad de causar la muerte o lesiones graves en los sujetos involucrados en la acción peligrosa. Al menos estas características son claramente predicables del lanzamiento de líquidos inflamables, de la utilización de explosivos y del incendio. Y en este último caso será preciso aclarar su significado, asimilado a la utilización de explosivos, referido al empleo de objetos a los que se prende fuego y se genera el peligro por la posibilidad de que el fuego se propague y/o de la propia combustión del objeto prendido. Quizás en el caso del lanzamiento de objetos contundentes estas características están menos claras, porque su mayor o menos peligrosidad va a depender de las propias características del objeto contundente, por lo que para su interpretación conviene tener en cuenta su similitud a los demás supuestos ejemplificativos y, sobre todo, teniendo en cuenta que ha de tratarse de objetos con capacidad para generar *ex ante* peligro para la vida de las personas o con capacidad de causar graves lesiones.

La interpretación de la modalidad agravatoria del art. 551.2 CP desde la perspectiva de un delito de peligro abstracto significa que la prueba de la concurrencia de esta circunstancia se facilita sustancialmente, pues en el delito de peligro concreto es preciso demostrar que ha concurrido este resultado y, además, que el dolo del sujeto ha abarcado tal elemento. Ambas circunstancias son innecesarias en el delito de peligro abstracto, bastando con que se pruebe que el medio empleado es peligroso desde una perspectiva *ex ante* y que el sujeto sea consciente de tal circunstancia.

Ahora bien, para evitar eventuales consecuencias poco razonables que se verán al plantear las relaciones concursales, es preciso tener en cuenta que en no pocas ocasiones la utilización de uno de los medios potencialmente peligrosos descritos en el art. 551.2º

[62] Crítico con esta previsión sobre el peligro de causar lesiones graves, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1254, porque la gravedad es inverificable *ex ante*, el peligro para la vida y la integridad *ex ante* es potencialmente el mismo dependiendo su concreción de la progresión de la acción.

CP no solo supondrá la realización de una conducta peligrosa para la vida o integridad personales de los agentes y/o personas que se encuentren en las proximidades, también puede producir el resultado de peligro concreto para uno o varios sujetos. En este caso el medio peligroso también se va a poder subsumir en la circunstancia primera consistente en la utilización de objetos peligrosos para la comisión del delito de atentado.

En definitiva, desde la exégesis propuesta nos encontramos ante una circunstancia cualificante construida sobre el requisito de peligro abstracto para la vida o la integridad de las víctimas del atentado y de terceras personas. Y sobre él se ha de construir el tipo subjetivo, el dolo de peligro abstracto, abarcando el conocimiento (y el elemento volitivo) la peligrosidad para estos bienes jurídicos de la conducta violenta realizada utilizando tales medios.

3. Aplicación al caso: las diferentes hipótesis en la calificación jurídico-penal desde el delito de atentado

Para una mejor comprensión de las distintas hipótesis se va a hacer una exposición prescindiendo aquí de las explicaciones realizadas en el análisis del delito de lesiones. Una vez hecho este primer planteamiento, a continuación se tendrán que integrar las distintas hipótesis que resulten en la calificación del delito de atentado con las del delito de lesiones.

La primera hipótesis que puede plantearse es la defendida por la AP de Cádiz: la agresión se ha verificado con armas u otro medio peligroso (en este momento la única circunstancia cualificante del delito de atentado), procediendo, por tanto, la aplicación del delito cualificado de atentado a los agentes de la autoridad.

El planteamiento de esta modalidad agravada, cometida dolosamente, no ha resultado difícil: la argumentación del Tribunal ha sido que la agresión se ha producido con un artefacto explosivo, un medio peligroso (el cóctel Mcgyver), pues se trata de una mezcla de aguafuerte y aluminio que tiene efectos explosivos, por lo que la peligrosidad de la acción de acometimiento o agresión a los agentes aumenta por el medio empleado, ya que se incrementa el riesgo de que se deriven consecuencias más graves para la integridad física de los acometidos.

Sin hacer esta calificación, se está explicando la modalidad agravada de uso de armas o medios u objetos peligrosos desde la perspectiva de que es un tipo cualificado

por el peligro para la integridad personal que implica el uso de los mismos, y sobre el que ha de construirse la correspondiente modalidad del dolo de peligro. De la argumentación del Tribunal no se deduce claramente si se ha entendido que se trata de un delito de peligro concreto o abstracto, si bien puede deducirse que se está pensando en el peligro abstracto para la integridad física de los agentes agredidos, pues hace hincapié en el incremento de la peligrosidad de la acción de acometimiento. Al tratarse de un delito de peligro abstracto, resultaría irrelevante si en este caso concreto, se ha producido o no el resultado de peligro para la integridad física de uno o de varios agentes.

Si se traslada esta argumentación a la actual regulación del delito de atentado, el caso podría subsumirse en el art. 551.2º CP, segunda de las hipótesis, porque estamos ante la utilización de explosivos que aumenta la peligrosidad de la acción violenta cometida. Porque el riesgo se proyecta de manera indeterminada sobre los cuatro agentes que se encuentran en el aparcamiento, no se limita o concreta en alguno de ellos. Y los acusados, al lanzar el artefacto explosivo al aparcamiento/a los agentes, son conscientes de la peligrosidad del medio utilizado para el acometimiento o la agresión, porque el peligro aparecerá en el momento en el que se produzca la detonación, y será mayor o menor, afectará a más o menos personas, en definitiva, su alcance será mayor o menor dependiendo de la distancia que haya entre el lugar donde se produzca la detonación y los agentes; los acusados son conscientes, asumiéndolo, de que están utilizando un artefacto explosivo con capacidad para poner en peligro la integridad de los agentes allí presentes, sin poder individualizar a qué agentes en particular podría afectar la acción peligrosa.

En esta segunda hipótesis se plantearía un problema para la subsunción del caso en la circunstancia del art. 551.2º CP: el artefacto explosivo lanzado, ¿resulta potencialmente peligroso para la vida? O, en otro caso, ¿puede causar lesiones graves? Dadas las características del artefacto explosivo no parece que el mismo sea potencialmente peligroso para la vida (los materiales empleados y su capacidad explosiva no son de tal entidad como para que su uso implique peligrosidad *ex ante* para la vida de los agentes). En cuanto a si puede causar lesiones graves, las explicaciones que se han planteado en el análisis de los delitos de lesiones podrían ser tenidas en cuenta para hacer esta valoración. En aras del análisis desde todas las perspectivas posibles, se podría llegar a la conclusión de que, al menos respecto de la integridad

física de uno de los agentes, el que efectivamente ha resultado lesionado en el ojo derecho, el artefacto explosivo sí tiene capacidad *ex ante* para causar lesiones graves.

Esta segunda hipótesis en la calificación jurídico-penal del delito de atentado se podría descartar si finalmente se puede concluir que el artefacto explosivo, por sus características, la zona donde es detonado, la colocación de los agentes, no resulta *ex ante* peligroso para la vida de los agentes y tampoco tiene capacidad para causar lesiones graves (entendiendo por lesiones graves, además, las descritas en los arts. 149 y 150 CP, no recibiendo esta calificación si el riesgo va referido a las lesiones del art. 147.1 CP). Ahora bien, el descarte del art. 551.2º CP no significa necesariamente que se descarte el tipo cualificado de atentado, pues si el artefacto explosivo ha generado peligro concreto para la integridad de los agentes (y aquí no se especifica el resultado de peligro para la integridad física) se podrá recurrir a la otra circunstancia cualificante, la descrita en el art. 551.1º CP.

La tercera de las hipótesis que puede ser planteada en la calificación jurídico-penal pasa por entender que la utilización del explosivo para cometer el acto violento ha puesto en concreto peligro la integridad de, al menos, uno de los agentes. Y aún podría deducirse que el artefacto explosivo ha puesto en concreto peligro la integridad de otros dos agentes más, pues la detonación también les ha alcanzado a ellos, causando tan solo desperfectos en su ropa. Planteado este resultado de peligro concreto para, como mínimo, uno de los agentes, el que ha resultado lesionado, el artefacto explosivo sí tendría potencialidad para causar graves lesiones, máxime si el término grave se interpreta desde la diferenciación entre delito leve-delito "grave" (todas las lesiones que no tengan la calificación de leves serían graves). También el dolo de los acusados abarcaría el resultado de peligro concreto para la integridad de alguno de los agentes teniendo en cuenta las características del artefacto, el lugar donde es lanzado, la colocación de los agentes, etc. Es más, desde el momento en que la AP de Cádiz ha concluido que los acusados han actuado con dolo de lesionar al agente que ha resultado alcanzado con el artefacto explosivo, lógicamente ha de admitirse que también han actuado con dolo de poner en concreto peligro su integridad física.

Esta tercera hipótesis nos lleva a entender que concurren, desde la interpretación aquí propuesta, las circunstancias cualificantes 1ª y 2ª del art. 551 CP: respecto de todos los agentes de la autoridad se utiliza un explosivo que puede causar lesiones graves, esto es, se utiliza un medio peligroso *ex ante* para la integridad física de los agentes, peligro

que se cierne de manera indistinta o genérica para los agentes que se encuentran en el aparcamiento. Además, respecto de, como mínimo, un agente, el artefacto explosivo es un objeto cuya utilización supone peligro concreto para su integridad física, aumentando el riesgo que supone la acción de acometimiento o agresión.

Que la acción peligrosa produzca un resultado de peligro concreto para uno o varios agentes acometidos con la utilización del explosivo (en nuestro ejemplo) no tiene como consecuencia un incremento de la pena, pues el art. 551 CP no lo ha previsto; ahora bien, tal circunstancia sí puede ser tenida en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena. La concurrencia de ambas circunstancias cualificantes del art. 551 CP ha de resolverse apreciando la del apartado 1º, y en la individualización judicial de la pena se atenderá a que respecto de los demás agentes (y, en su caso, personas) que se encuentran en el lugar donde detona el artefacto explosivo ha generado un riesgo *ex ante* para su integridad.

Como ya se ha indicado anteriormente, la introducción de la circunstancia cualificante del art. 551.2º CP sí puede tener una relevancia práctica nada intranscendente, pues una vez comprobada la potencialidad destructiva del artefacto explosivo, conocida por el sujeto activo, hará que la calificación jurídico-penal del atentado se realice a través del art. 551.2º CP, evitando así tener que probar si se ha producido o no el resultado de peligro concreto para la vida o integridad de los agentes, y si el sujeto activo ha actuado o no con dolo de poner en concreto peligro estos bienes jurídicos individuales.

IV. LOS DELITOS DE DAÑOS: ARTS. 263 A 266 CP

Varios son los aspectos que han de ser comentados de las diferentes modalidades típicas antes de hacer una valoración desde el caso seleccionado como ejemplo.

1. El delito de daños del art. 263.1 CP

Desde la perspectiva del caso seleccionado a modo ejemplificativo, el aspecto controvertido es el relativo a como valorar el supuesto en el que la acción de causar daños afecta a objetos pertenecientes a distintos propietarios. Es lo que sucede en el ejemplo tomado como referencia: el artefacto explosivo ha causado desperfectos en cuatro vehículos, en todos ellos los daños superan la cuantía de los cuatrocientos euros, por tanto, se causan daños en el patrimonio de cuatro personas. Además, la explosión causa daños en la cazadora del agente que ha sufrido lesiones y daños en los uniformes

(cazadora y pantalón) de otros dos agentes; estos daños en los uniformes se cuantifican conjuntamente, valorándolos en 270 euros.

A lo sumo en relación con los daños causados en el agente que ha resultado lesionado se podría plantear el concurso de leyes entre el delito de lesiones del art. 147.1 o del art. 148.1 CP y el delito leve de daños del art. 263.1 segundo párrafo CP, resuelto a través del principio de consunción, atendiendo a que desde la perspectiva de los medios empleados para la comisión de las lesiones no está descartado que se utilice un medio que menoscabe o dañe la ropa del lesionado, causando daños de escasa consideración en su patrimonio por tanto. La atención a este menoscabo en la propiedad se hará a través de la reclamación de daños y perjuicios.

Pero la aplicación de esta regla concursal no puede extenderse a los daños leves sufridos por los otros dos agentes; estos daños se causan en otros dos patrimonios individualizados, por lo que la cuestión planteada anteriormente también les alcanza.

Sobre este particular se ha afirmado que habrá un solo delito si de la misma acción se derivan varios resultados; será en la reclamación de la responsabilidad civil donde se tendrá en cuenta que los perjudicados son varios propietarios[63].

Para deducir que se ha cometido un único delito de daños, aun cuando sean varios los patrimonios afectados por la acción, se podría recurrir a la diferente regulación de delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales y los delitos que protegen bienes jurídicos personales o individuales: en los primeros se alude expresamente al sujeto pasivo en la descripción típica (la expresión otro en los delitos de homicidio y de lesiones son una clara muestra de ello), elemento que falta en los delitos de daños, aquí se recurre a otro término para delimitar el ámbito típico: el elemento ajeno, elemento que permite distinguir entre cosa propia, cuya destrucción es atípica (desde el delito de daños del art. 263.1 CP) y daños en propiedad ajena, sea que resulte dañada la propiedad de una o de varias personas. Ahora bien, la apreciación de un único delito de daños dependerá de que pueda ser aplicado el concepto de unidad de hecho o de acción construido en la teoría del concurso[64].

[63] De esta opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 487.

[64] Sobre el concepto de unidad de acción o hecho en la teoría del concurso (relevante sobre todo en el caso del concurso de delitos, para aplicar las distintas clases de concursos regulados en los arts. 73 ss CP), véase, por todos, MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 10ª, con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, 27/nm. 2-35.

2. El delito cualificado de daños: art. 263.2.1º CP

La modalidad cualificada aludida se refiere a causar daños para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de las acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, bien se cometiera el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

La primera duda que surge, tras la reforma operada por la LO 1/2015, es la relativa al ámbito de aplicación de este tipo agravado. Porque literalmente el art. 263.2 CP establece la agravación de la pena para el que causare daños expresados en el apartado anterior. Pero en el apartado anterior se diferencian dos modalidades: el delito básico de daños, art. 263.1 párrafo primero, y el delito leve de daños (la antigua falta de daños) en el art. 263.1 párrafo segundo CP. Las circunstancias cualificantes, ¿se aplican a las dos modalidades delictivas? Desde luego, si se recurre al argumento histórico, las circunstancias cualificantes tendrían que ser limitadas a los daños del art. 263.1 párrafo primero CP, esto es, cuando la cuantía del daño excede de 400 euros. La limitación a este tipo básico se justificaría también atendiendo a que algunas de las circunstancias cualificantes no tienen acomodo para su aplicación en un delito leve de daños (la circunstancia del art. 263.2.6ª CP es un claro ejemplo), y en otras circunstancias cualificantes, cuando los daños causados son de escasa entidad, no tendrían la relevancia necesaria para justificar el incremento penológico que supondría aplicar el tipo agravado del art. 263.2 CP. A mayor abundamiento, la construcción de tipos básicos/tipos cualificados tiene sentido cuando se plantean desde el delito menos grave o grave, pero carece de sentido cuando el tipo agravado se construye sobre el delito leve. En última instancia, en la medida en que las circunstancias cualificantes descritas en el art. 263.2 CP no se fundamenten en un plus de gravedad por la posible lesión o peligro para bienes jurídicos personalísimos (vida, integridad), sino que su razón de ser estriba en los efectos patrimoniales de los daños, o en la clase de bienes afectados, entre otras razones, no habría argumentos para aplicar el tipo descrito en el art. 263.2 CP a los daños leves del apartado anterior de este mismo precepto.

El fundamento de la agravación que nos ocupa, una circunstancia que tiene una doble realidad aplicativa, no ha de buscarse en la titularidad de los objetos o bienes que son destruidos o deteriorados; se pretende influir en el ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades o funcionarios públicos, cuando se realiza la conducta para

impedir su ejercicio, o se busca "castigar" a las autoridades o funcionarios por el ejercicio de sus funciones, cuando la conducta se realiza como consecuencia de la acción ejecutada. La influencia alcanza a los ciudadanos, para que no colaboren con las autoridades y funcionarios en el ejercicio de funciones públicas[65].

En relación con la modalidad de daños causados como consecuencia del ejercicio de las acciones realizadas, la que resulta de interés para el caso que nos ocupa, se plantea la duda de su interpretación, en sentido amplio o genérico, atendiendo a la condición de funcionario del sujeto afectado por la acción de daños en su patrimonio, o en sentido restrictivo, exigiendo una relación específica del ejercicio de la función por parte del funcionario que es posteriormente afectado por la acción de daños en su patrimonio[66].

Para su aplicación parece necesario que concurra un especial elemento subjetivo del injusto, con un doble contenido, deducido de los términos "para impedir", "como consecuencia": o se persigue como objetivo o finalidad evitar el ejercicio de la autoridad o se trata de unos daños vindicativos, por tanto, la finalidad u objetivo es vengarse por la actuación de la autoridad o funcionario público[67]. Pero, ¿significa esto

[65] Véase, en este sentido, GARCÍA ARÁN, Artículo 264, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 928; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 427; Artículo 263, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III. Delitos contra el patrimonio y socioecónomicos. Artículos 234-318 bis, 2015, 343. QUINTERO OLIVARES, Artículo 263, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 196, califica el art. 263.2.1º CP como daños contra el orden público. Para MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 412, se utilizan los daños para intimidar a autoridades o funcionarios públicos.

[66] Véase, para más detalles sobre las dos interpretaciones, GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 928, planteando el siguiente ejemplo para ilustrar la interpretación genérica o específica: la destrucción del coche de un funcionario judicial para vengarse de la sentencia dictada por el juez; desde la primera interpretación se estaría ante este tipo cualificado de daños, desde la segunda interpretación no.

[67] Propone esta interpretación, GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 928; MORENO ALCÁZAR, en: Boix Reig (dir.), PE II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, 2012, 398; MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 417. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Gónzález Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 486, descarta que los delitos de daños requieran de un especial elemento subjetivo del injusto salvo, si acaso, el delito tipificado en el art. 263.2.1º CP. Se deduce que requiere tal elemento subjetivo del injusto ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 427; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 343 pues se refiere a ellos con el doble término de daños de tendencia o daños vindicativos; se adhiere a la postura de esta autora, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª 2015, 604. También los denomina daños vindicativos CORCOY BIDASOLO, Artículo 263, en: Córcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 929. También NIETO MARTÍN, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 193 se refiere a este tipo penal como daños cualificados por la intención con que se realizan. QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 196, considera que la agravación se basa en motivos o finalidades muy próximas a otros delitos, por cierto.

que el delito exige actuación con dolo directo, quedando descartada la modalidad comisiva con dolo eventual?[68]

Esta modalidad delictiva podría ser objeto de aplicación en el caso que nos sirve de modelo desde el momento en que en la AP de Cádiz se conecta el lanzamiento del artefacto explosivo con la actuación realizada unos días antes por uno de los policías locales interviniendo el ciclomotor de uno de los acusados; más adelante, en la argumentación referida al delito de atentado se afirma que los acusados han decidido dar un escarmiento a los agentes, y que estaban enfadados por la acción realizada unos días antes por el agente que intervino la motocicleta. Esto es, se puede deducir que los acusados han actuado con el dolo vindicativo que requiere el tipo penal descrito en el art. 263.2.1º CP, esta es precisamente su intención o propósito y no atentar contra los agentes de la autoridad.

3. El delito de daños del art. 265 CP

Se trata de un delito de daños si se atiende a la descripción de las conductas típicas, los resultados deducibles de ellas, y las conductas recaen sobre objetos, medios, recursos, susceptibles de sufrir la destrucción o el deterioro: destruir, dañar gravemente, inutilizar, obras, establecimientos, instalaciones, buques militares, aeronaves militares, medios de transporte, medios de transmisión militar, material de guerra, material de aprovisionamiento, u otros medios o recursos.

Pero realmente su verdadera naturaleza trasciende a su consideración como un delito contra el patrimonio, ni siquiera desde la consideración de que se podría tratar de proteger un patrimonio particular, el del Estado (cuando se trata de materiales o recursos afectos al servicio de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Seguridad de ámbito estatal), de las CCAA (fuerzas de seguridad de ámbito autonómico) o de las Corporaciones Locales (fuerzas de seguridad de ámbito local).

El bien jurídico protegido ha de ponerse en conexión con las funciones que tienen asignadas las Fuerzas Armadas o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[69], funciones que

[68] MORENO ALCÁZAR, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 398, se limita a considerar incompatible esta finalidad específica con la comisión imprudente de este tipo cualificado de daños.

[69] QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 687, critica la equiparación (en tiempo de paz) entre los daños a los recursos militares y los daños a los recursos adscritos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues los segundos son más graves, a no ser que las Fuerzas Armadas presten servicios de protección civil o de policía militar. Añade este autor que la función de protección civil asignada a las Fuerzas Armadas queda fuera de la protección penal específica, una conclusión que no se deduce del texto del art. 265 CP, pues en ningún momento se vincula el medio, recurso u objeto destruido a funciones militares que desempeñen

se ven afectadas, perturbadas de manera de manera más o menos relevante como consecuencia, no de una actuación dirigida directamente a entorpecer el ejercicio de esta función, sino de manera más o menos indirecta, a través de la destrucción o deterioro de los medios materiales puestos a su disposición para el desempeño de tales funciones. Desde esta perspectiva se ha afirmado que estamos ante un delito que estaría relacionado, por un lado, con la defensa nacional[70], por otro lado, con el mantenimiento del orden público o la legalidad vigente[71].

---

las Fuerzas Armadas, sino que se alude a objetos, medios, recursos afectados a su servicio, por tanto, para que desempeñen las funciones que tengan asignadas, sean de índole militar o de protección civil. Porque, como no puede ser de otro modo, en el desempeño de funciones de protección civil las Fuerzas Armadas utilizarán los medios que están a su servicio: generalmente serán los medios de transporte terrestre, aéreo, etc., material de aprovisionamiento, otros medios (piénsese, a título de ejemplo, los medios utilizados en la extinción de incendios forestales, o en general los medios que emplea la unidad militar de emergencias).

[70] Esta afectación de la defensa nacional no siempre se va a poder deducir con claridad si se tiene en cuenta la enumeración de objetos o recursos cuya destrucción o deterioro tiene la calificación de típica penalmente. Sobre este particular, QUINTERO OLIVARES, Artículo 265, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 206, hace la siguiente observación: si se quiere ver en el art. 265 CP un delito contra la defensa nacional, habrá que calificar como tal la destrucción de una camioneta del ejército (eso sí, si el daño causado supera los mil euros). A través de este ejemplo este autor advierte que sustancialmente, en este tipo penal nos encontramos ante daños sobre un patrimonio público específico, el adscrito a las Fuerzas Armadas. Ciertamente, la observación es muy certera, pero también es cierto que el marco penal previsto en el art. 265 CP permitirá al Juez o Magistrado discriminar de manera adecuada entre daños graves, superiores a mil euros, y daños cualitativa o sustancialmente graves, de cientos de miles de euros o millones (para seguir con el ejemplo planteado por este autor, se puede discriminar entre la destrucción de la camioneta o un avión de combate). Por otra parte, la exégesis del delito de daños del art. 265 CP debe ponerse en el contexto del resto de los delitos relativos a la defensa nacional del CP: si comparamos las penas del art. 265 con estos delitos se puede comprobar que el art. 265 prevé penas superiores a la de tipos penales como los descritos en los arts. 600, 601, 602 CP, o más o menos similar a la pena de los arts. 599 CP, y solo establece una pena inferior a la prevista en el art. 603 CP. La destrucción de bienes o medios al servicio de las Fuerzas Armadas repercutirá en mayor o menor medida en el ejercicio de las funciones que tienen asignadas dependiendo del alcance o magnitud de los efectos destructivos. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 686, niega que en el delito de daños del art. 265 CP exista perturbación de servicio público alguno.

[71] Defiende esta tesis, entre otros, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 437, concluyendo con una crítica a la ubicación sistemática del delito [también MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 416; y QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 211, critican la ubicación sistemática del delito tipificado en el art. 265 CP]; Artículo 265, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 367; Reformas en daños, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 550. Como delito pluriofensivo lo interpreta BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª 2015, 615, protegiéndose la propiedad, la defensa nacional y el mantenimiento del orden público y la legalidad vigente. Para GARCÍA ARÁN, Artículo 265, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 932, la ubicación sistemática lo presenta como un delito patrimonial, por lo que ha de explicarse su fundamento desde el carácter público de los bienes dañados. Ahora bien, a la vista de la enumeración de objetos o medios destruidos o deteriorados, en todos los casos la pena es la misma, propone que se explique el fundamento de la agravación atendiendo al carácter público de los bienes dañados y su relación con el servicio que se presta, siendo necesario que la función o actividad pública de los entes titulares de estos bienes se vea afectada para que venga en aplicación este delito. Para GUÉREZ TRICARICO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 11685, el bien jurídico protegido es la propiedad pública de carácter militar o de seguridad y el perjuicio para el normal funcionamiento de las funciones que desempeñan estos organismos.

A la vista de la enumeración en el tipo penal que se comenta de medios, objetos, recursos susceptibles de ser destruidos o inutilizados su aplicación no resultará muy habitual, por varios motivos: en primer lugar, cuando la acción recae sobre bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas, porque este delito también está tipificado en el CPM (arts. 27 y 73 CPM), si bien este texto legal resulta aplicable al sujeto activo que tenga la condición de militar; en segundo lugar, porque si este delito se comete es muy posible que venga en aplicación el delito de terrorismo, porque su comisión no estará guiada por el simple dolo de causar daños en estos medios o servicios, entorpeciendo o afectando las funciones de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (la definición del delito terrorista en el art. 573.1 CP facilitará su aplicación); en tercer lugar, porque para que resulte afectado el servicio que desempeñan se utilizarán medios destructivos que fácilmente darán lugar a la aplicación de otros tipos penales, como los delitos de estragos, incendio, o dentro del propio Capítulo de los daños, el delito tipificado en el art. 266 CP. Y, finalmente, porque respecto de alguno de los objetos enumerados en este precepto puede resultar aplicable la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea (LPPNA)[72].

La aplicación de este delito depende de que los daños superen la cuantía de mil euros[73]. Esta es la única modificación que se ha introducido en la reforma de 2015, eliminando la antigua referencia a la cuantía de cincuenta mil pesetas, inexplicablemente mantenida pese a las numerosas reformas penales que se han aprobado tras la entrada en vigor del euro como moneda legal, en particular con la

[72] Véase, por todos, CORCOY BIDASOLO, Artículo 265, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 938, quien destaca los problemas concursales que plantea este delito con los homónimos regulados en el CPM y con la LPPNA. También QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 206, entendiendo que las destrucciones graves de bienes o medios enumerados en este precepto no darán lugar a su aplicación (evitando de este modo la equiparación penológica entre daños cuantificados en más de mil euros/daños cuantificados en cientos de miles de euros), sino que dará lugar a la aplicación de otros tipos penales/leyes penales: terrorismo, aplicación del CPM, aplicación de la LPPNA.

[73] En el Preámbulo de la LO 1/2015 (punto XXX) se hace una breve alusión a la reforma del art. 265 CP: se elimina la referencia en pesetas, que es actualizada a la cantidad de mil euros. Pero lo que no queda claro es el significado de la actualización, pues no estamos ante la conversión de la antigua moneda a euros, y tampoco se ha actualizado la cuantía económica en los restantes delitos contra la propiedad, lo que significa que no se trata de la actualización del valor monetario teniendo en cuenta la inflación sufrida desde la aprobación del CP en el año 1995 hasta la aprobación de la reforma de 2015 (pues si así fuera tal actualización se tendría que haber realizado en todos los delitos contra el patrimonio).

reforma que modificó, aumentándola, la cuantía económica valorada en euros en los delitos contra el patrimonio[74].

No hay una explicación de este incremento en la cuantía de los daños causados en los bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues el resto de los delitos contra el patrimonio, en particular los delitos de daños, siguen estableciendo la diferencia entre delito leve-delito menos grave en la cuantía de cuatrocientos euros[75]. Sin pretenderlo, se ha elevado la cuantía mínima de los daños a estos bienes de manera acertada[76], y quizás la cuantía siga siendo baja, pues no debe perderse de vista que lo relevante en este delito no es tanto el daño causado en un determinado bien, medio o recurso, sino la afectación del servicio que se desempeña con la utilización de tal bien, medio o recurso; para que la afectación de las funciones asignadas a las Fuerzas Armadas o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sea relevante, justificadora de la pena de prisión de 2 a 4 años, parece razonable que se exija unos daños relativamente graves, en una cuantía que debería ser superior a la fijada en el actual art. 265 CP[77].

---

[74] La referencia a la cuantía de cincuenta mil pesetas mantenida en el art. 265 CP hasta su reforma por la LO 1/2015 ha dado lugar a una doble interpretación en su conversión a euros: por un lado, la tesis que ha hecho la conversión exacta de la cuantía en pesetas a la cuantía en euros, fijando esta en trescientos euros con cincuenta y un céntimos; por otro lado, la tesis que ha hecho la conversión equiparando la cuantía a la utilizada en el resto de los delitos contra el patrimonio, esto es, considerando que aquella cifra ha de convertirse en cuatrocientos euros. Sobre estas dos interpretaciones, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 549.

[75] En el Proyecto de LO de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013 se había propuesto, con una técnica que no hubiera estado exenta de dificultades interpretativas y aplicativas, la elevación de la cuantía para diferenciar el delito leve-delito menos grave en los delitos contra el patrimonio, pasando de cuatrocientos a mil euros. Así, se había propuesto esta elevación de la cuantía en los delitos de hurto, sustracción de una cosa propia de quien la tenga legítimamente, alteración de lindes de pueblos o heredades, distracción del curso de las aguas, estafa, administración desleal, apropiación indebida, defraudación de energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otros elementos, uso de equipos terminales de telecomunicación, daños, daños en bienes al servicio de las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Durante la tramitación del Proyecto, en el Dictamen de la Comisión y escrito de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el pleno, presentado el 22 de enero de 2015 (BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, núm. 66-4), se propone la elevación de la cuantía a los quinientos euros en todos los delitos contra el patrimonio, excepto en el delito de daños del art. 265 CP, en el que se mantiene la cuantía de los mil euros; estas cuantías aparecen en el texto que se envía al Senado el 29 de enero de 2015 (BOCG, Senado, X Legislatura, núm. 465) y será en el Senado donde se decida mantener la cuantía en 400 euros, manteniendo la elevación de esta cantidad a mil euros en el delito de daños del art. 265 CP (esta decisión ya aparecía en el Informe de la Ponencia presentado el 3 de marzo de 2015, BOCG, Senado, X Legislatura, núm. 481).

[76] Parece no compartir esta interpretación BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 614 s., al comentar que se ha desistido de la idea de elevar la cuantía en los delitos de daños, pero no se ha "retocado" el art. 265 CP; De los daños, en: Morillas Cueva (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2015, 611, señala que se rompe con la estructura que finalmente mantiene el art. 263.1 CP.

[77] Sobre este particular, como ya se ha indicado, QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 206, critica la equiparación de objetos no

La modalidad delictiva que se comenta no parece que resulte aplicable al caso que nos ocupa. Si bien inicialmente el lugar donde se comete el hecho delictivo es una instalación al servicio de la policía municipal, en concreto en el aparcamiento, lugar donde pueden encontrarse vehículos policiales, en ningún momento se han visto afectados por el artefacto explosivo medios o recursos afectos al servicio de la policía, y tampoco se deduce que la intención de los acusados haya sido causar daños o desperfectos en estos medios o recursos, pues los vehículos policiales son claramente identificables externamente, por lo que si han dirigido el artefacto explosivo a la zona donde están aparcados los vehículos particulares este hecho es perfectamente percibido por los acusados.

4. Los tipos, agravados e hiperagravados, descritos en el art. 266 CP

Estamos, sin duda, ante un precepto que es un ejemplo claro de la falta de reflexión y estudio de las implicaciones dogmáticas que se derivan de reformas legislativas en materia penal[78]. Los medios comisivos que se describen, fundamentalmente la provocación de explosiones o el incendio, son los mismos que dan lugar a la tipificación de los delitos de estragos e incendio de los arts. 346 y 351 CP. Esta circunstancia genera similitudes entre los delitos agravados en el art. 266 CP, los delitos de incendio del art. 351 CP y los delitos de estragos del art. 346 CP (y las similitudes se extienden a los daños, incendios, estragos terroristas, y a las tentativas de todas y cada una de las figuras delictivas enumeradas), resultando complicada la delimitación entre todas ellas[79].

a) Los tipos agravados: art. 266.1, 2 y 3 CP

El art. 266 CP[80] también ha sido modificado por la LO 1/2015, concretamente, en

---

equiparables, castigando con la misma pena daños que superan la cuantía de mil euros con daños sustancialmente superiores, valorados en cien mil euros. En relación con la anterior regulación del art. 265, cuando la cuantía estaba establecida en daños superiores a trescientos euros con cincuenta y un céntimos, MORENO ALCÁZAR, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 399, consideraba esta cantidad baja para justificar el tratamiento penológico previsto en este delito.

[78] GARCÍA ARÁN, Artículo 266, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 935, se refiere a este art. 266 CP, y antes de ser nuevamente reformado en 2015, como la norma que "ha venido a parar en un auténtico galimatías jurídico". Con la reforma del art. 266 CP en el año 2015 el galimatías jurídico, lejos de resolverse, se ha visto incrementado.

[79] La utilización de los mismos medios comisivos para la tipificación de los delitos de los arts. 266, 346, 351 CP y sus correlativos delitos de terrorismo implica que sea necesario establecer la delimitación entre las distintas figuras delictivas proponiendo diferentes conceptos de incendio y de provocación de explosiones. Para más detalles, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, *passim*.

[80] Antes de la reforma de 2015 el art. 266 CP también ha sido objeto de modificaciones legislativas. En su redacción inicial, este delito preveía circunstancias cualificantes aplicables al delito de daños del art. 265 CP; las circunstancias cualificantes consistían en la comisión de los hechos de este precepto

el apartado 1 y 2 en un doble sentido: en primer lugar, para corregir la descoordinación entre los dos apartados del art. 263 y este art. 266 CP[81], si bien ahora, tras la eliminación del Libro III CP y la aparición de los delitos leves de daños, se ha generado la duda de si las circunstancias cualificantes del art. 266.1 CP también van referidas al delito leve de daños del art. 263.1 párrafo segundo CP[82]. Si en los medios comisivos que se describen en el art. 266.1 el *plus* de gravedad se pone en conexión con el peligro, abstracto o concreto, para la vida o integridad de las personas, en este caso ha de admitirse que el tipo agravado va referido a los dos párrafos del apartado primero del art. 263 CP, pues en la agravación pasa a primer término el peligro para las personas, ocupando un papel secundario el valor económico del objeto destruido con el medio comisivo.

En segundo lugar, y este cambio afecta a los apartados 1 y 3, pero, curiosamente, no afecta al apartado 4, para introducir cambios en la descripción de las modalidades comisivas que dan lugar a la aplicación de los tipos cualificados: antes se agravaba la pena si los daños se cometían mediante incendio, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas; ahora se agrava la pena si los daños se cometen mediante incendio, o provocando explosiones, *o utilizando cualquier medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros*

---

mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. La primera reforma se opera a través de la LO 7/2000, en un doble sentido: por un lado, para extender su ámbito aplicativo a todos los delitos de daños de los arts. 263 a 265 y al delito contra el patrimonio histórico del art. 323 CP y al delito de desórdenes públicos del art. 560 CP. Por otro lado, para ampliar la enumeración de los medios comisivos, diferenciando entre los tipos agravados descritos en los apartados 1 a 3 y los tipos hiperagravados del apartado 4.

[81] La descoordinación se ha producido en la reforma operada por la LO 5/2010, cuando se decide modificar la regulación del art. 263, incluyendo en él las circunstancias cualificantes del delito de daños que hasta ese momento aparecían en el art. 264 (en el año 2010 el delito de daños del art. 264 pasa a tipificar los denominados genéricamente daños informáticos); el cambio de contenido de los arts. 263.1 y 2 y 264 no se coordina con la regulación del art. 266 CP, por lo que el apartado 2º de este precepto a partir de esta reforma contiene circunstancias cualificantes aplicables al delito de daños informáticos, y en el apartado 1º se equipara penológicamente todos los daños descritos en el art. 263.1 y 2 CP causados por los medios comisivos descritos en aquel precepto. Como se ha comentado en el texto, la reforma de 2015 ha corregido esta descoordinación entre el art. 263.1 y 2 y el art. 266, al tiempo que queda fuera de las circunstancias cualificantes del art. 266 los genéricamente denominados daños informáticos, reformados de manera sustancial también en la LO 1/2015.

[82] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 551, se limita a señalar que el art. 266.1 CP ahora va referido al tipo básico de daños del art. 263.1 CP, si bien de esta expresión "tipo básico" cabría deducir que propone la limitación al párrafo primero del art. 263.1 CP. Nada aclara esta autora en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 371. También QUINTERO OLIVARES, Artículo 266, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 209, indica que el art. 266.1 CP dispone una cualificación para los daños del art. 263.1 CP, sin aclarar si abarca o no todo su contenido.

daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas.

En los tipos cualificados de los apartados 1 a 3 art. 266 CP se han de diferenciar dos modalidades comisivas: la comisión de daños tipificados en los arts. 263.1 y 2, 265, 323, 560 a través de determinados medios comisivos y la comisión de daños tipificados en los arts. 263.1 y 2, 265, 323, 560 utilizando un medio comisivo que no sea uno de los incluidos en el supuesto anterior pero que sea un medio comisivo que ponga en peligro concreto la vida o integridad de las personas.

Primera modalidad: la comisión de daños a través de determinados medios comisivos:

Algunos de los medios comisivos se describen de manera taxativa, el incendio o la provocación de explosiones, medios comisivos que son los que dan lugar a los delitos de incendio y de estragos respectivamente, por lo que resulta necesaria la delimitación entre los delitos de daños-estragos-incendio, de momento una delimitación sencilla: en los delitos de incendio y de estragos es preciso que se ponga en concreto peligro la vida o integridad de las personas, en el delito de daños del art. 266.1 a 3 CP la utilización del incendio o la explosión no ha de generar tal peligro concreto para las personas[83].

Otros medios son descritos a través de cláusulas de diferente contenido, o se trata de una cláusula de analogía con el o los medios descritos de manera específica (similar potencia destructiva a la explosión, o a la explosión y al incendio[84]), o de cláusulas referidas al eventual resultado que el medio puede producir, y, en este caso, desde una doble perspectiva, bien porque se trata de un medio que genera un riesgo *relevante* de explosión (con el consiguiente riesgo de que se derive de la explosión su potencial destructivo), utilizando un concepto infrecuente en el calificativo del riesgo (relevante), bien porque se trata de un medio que genera un riesgo de causación de otros daños de especial gravedad, una vez más, incluyendo un concepto claramente indeterminado,

[83] Véase, en este sentido, GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 935; TRAPERO BARREALES, Indendio, estragos y daños, 2006, 294 s., 310, 341, 345 s.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 439; Artículo 266, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 371; MORENO ALCÁZAR, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 400; BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 617; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 209.

[84] GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 935, cita entre los medios de similar potencia destructiva el cóctel molotov. Y QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 688, la utilización de ácidos o similares. Sobre los medios de similar potencia destructiva a la explosión o el incendio, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 59 ss.

daños de especial gravedad, y en este caso desde la perspectiva de que se ha de generar riesgo de causar tal resultado[85].

Para encontrar explicación a esta modalidad cualificante, y que explique, sin llegar a justificar, su tratamiento penológico equivalente con la segunda modalidad, ha de entenderse que en esta primera modalidad se están describiendo medios comisivos que tienen en común su capacidad altamente destructiva, en el sentido de que uso genera un peligro *ex ante* de causar daños mayores a los finalmente producidos. Pero la agravación no debe quedarse en esto, deduciendo del uso de estos medios con tal capacidad destructiva un peligro abstracto para las personas que puedan encontrarse en su radio de acción, peligrosidad *ex ante* derivada precisamente de su alta capacidad destructiva, medios que el sujeto que los usa no puede controlar de manera adecuada y completa[86]. Desde esta perspectiva se podría entender que estamos ante medios comisivos con doble contenido de injusto: lesión del bien jurídico protegido en los arts. 263.1 y 2, 265, 323, 560 CP, con adicional peligro abstracto para el patrimonio, y peligro abstracto para las personas[87].

---

[85] Crítico a la previsión de estas dos nuevas modalidades comisivas del art. 266.1 CP, introducidas en la reforma de 2015, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 688, desde la consideración de que se ha introducido un delito de peligro concreto –por tanto, también de resultado, y el peligro sería para el patrimonio-, deducido de la utilización de un medio que genere un riesgo relevante de explosión o que genere un riesgo de causación de daños de especial gravedad, equiparado en pena al delito de resultado (en realidad está refiriéndose a que se trata de un delito de lesión), el que resulta de la utilización del incendio, la provocación de explosiones u otros medio de similar potencia destructiva. Compartiendo en parte la crítica de este autor, sin entrar en mayores matizaciones ni explicaciones, es preciso aclarar que la reforma de 2015 efectivamente ha introducido dos cláusulas construidas sobre el peligro para el patrimonio, pero han de resultar aplicadas en el caso de que se cometan los daños de los arts. 263.1, 263.2, 265, 323 y 560 CP, por tanto, produciéndose la lesión de los bienes jurídicos protegidos en estos preceptos (y si todos ellos son delitos de resultado, también ha de serlo el art. 266.1 a 3 CP).

[86] Propone esta interpretación referida a que se trata de medios comisivos que implican peligro abstracto para las personas, BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 617; MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 417. Por su parte, MORENO ALCÁZAR, en: Boix Reig (dir.), PE II, 2012, 400 s., refiriéndose al significado de los daños cometidos mediante incendio, descarta que con este medio comisivo se esté aludiendo a una situación de peligro para las personas, pero sí requiere que se esté ante auténticos daños causados mediante el incendio, no siendo suficiente con los daños cometidos mediante el fuego, entendiendo por incendio el fuego que tiene capacidad de propagación incontrolada. Y QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 687 s., denomina al art. 266.1 como daños mediante medios peligrosos, considerándolo un delito pluriofensivo, pues se utilizan medios peligrosos para la comunidad en general (estragos) o para las personas, en su vida o en su integridad (esta última referencia ha de entenderse que va referida a la comisión del delito de daños del art. 263.1 a través de un medio que pone en concreto peligro a las personas, es decir, la segunda de las modalidades típicas del art. 266.1 CP). También Para GUÉREZ TRICARICO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 11688, califica esta figura como delito mixto, de daños y de peligro para otros intereses generales o comunitarios.

[87] Véase, para más detalles, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 291-325, 353-366.

Acaso la modificación de la cláusula descriptiva de los medios comisivos con alta potencialidad destructiva en la reforma de 2015 ha querido hacer hincapié en que la razón de la agravación es la potencialidad destructiva del medio, eliminando cualquier referencia a su peligrosidad para las personas; de ahí que se haya añadido la mención a medios que generen riesgo relevante de explosión o riesgo de causar daños de especial gravedad. Pero, pese a todo, se propone como fundamento de la agravación también el peligro abstracto para las personas, pues solo así se puede explicar el tratamiento penológico equiparado entre estos medios comisivos y los que, causando daños, también ponen en concreto peligro la vida o integridad personales. Esto significa que también respecto de los medios incluidos *ex novo* en la reforma de 2015 también se ha de exigir esta peligrosidad *ex ante* para las personas, no bastando con el riesgo para el patrimonio, y ello a pesar de que literalmente no hay ningún elemento que sirva para hacer esta deducción.

Segunda modalidad: la comisión de daños a través de medios comisivos que ponen en peligro concreto la vida o integridad personales:

La precisión de los medios comisivos que se han de emplear para producir el doble resultado, de destrucción o deterioro característico de los delitos de daños y de peligro concreto para las personas, ha de hacerse atendiendo a la primera modalidad cualificadora[88]: han de ser medios destructivos que no tengan una especial capacidad destructiva, es decir, que no tengan capacidad para que los efectos de la destrucción o el daño sean más amplios o extensos; la falta de tal capacidad destructiva "se compensa" con el hecho de que se trate de un medio destructivo y capaz de poner en concreto peligro a las personas. Y han de tratarse de medios sin dicha capacidad destructiva porque precisamente la combinación de medio potencialmente destructivo con peligro para las personas da lugar a la aplicación del art. 266.4 CP.

Desde esta precisión, un medio como la utilización de un explosivo casero, si carece de una capacidad destructiva "significativa" puede que se descarte como medio con una alta potencialidad destructiva, pues su efecto destructivo está perfectamente delimitado, pero en su lugar puede ser considerado como medio que destruye bienes de propiedad ajena y que, a la vez, pone en concreto peligro a las personas

[88] Véase, de esta opinión, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 412 ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 439; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 371; BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 617.

Como se deduce de esta explicación, penológicamente se han equiparado dos circunstancias cualificantes con un diferenciado contenido de injusto: por un lado, la circunstancia basada en la utilización de determinados medios con alta capacidad destructiva, que genera daños en las cosas a través de un medio que, *ex ante*, su peligrosidad es claramente superior; por otro lado, la circunstancia basada en la utilización de un medio que causa daños y, a la vez, pone en concreto peligro bienes jurídicos de primer orden como la vida o la integridad[89].

Construido el tipo objetivo desde la perspectiva de que nos encontramos ante un tipo mixto, de lesión del bien jurídico protegido en los arts. 263.1 y 2, 265, 323 y 560 CP y de peligro abstracto para las personas (y, secundariamente, para el patrimonio), si se utilizan medios con alta capacidad destructiva enumerados en el art. 266.1 a 3 CP, o de peligro concreto para las personas, si se utilizan medios que no tienen dicha capacidad destructiva, pero sí generan este resultado de peligro para la vida e integridad, sobre el mismo habrá que formularse el tipo subjetivo, en la modalidad dolosa, combinando el dolo de lesión-dolo de peligro abstracto y el dolo de lesión-dolo de peligro concreto respectivamente, o la modalidad imprudente, que puede resultar castigada a través del art. 267 CP, pues se alude genéricamente a los daños causados por imprudencia grave, eso sí, si la cuantía de los daños superan los 80 mil euros[90].

b) Los tipos hiperagravados: art. 266.4 CP

Como se ha comentado con anterioridad, la reforma de 2015 ha generado un efecto que no parece buscado: la introducción de diferencias regulativas entre los

[89] Críticamente, CASTRO CORREDOIRA/VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, La reforma de los delitos de daños: arts. 263, 264, 264 bis, ter, quater, 265, 266.1 y 2 CP, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2015, 834 s., desde la consideración de que se equiparan daños puramente materiales (los causados con los medios descritos en la primera modalidad de la circunstancia cualificante descrita en el art. 266.1 CP) con daños materiales que, además, ponen en peligro a las personas (refiriéndose a la segunda modalidad del art. 266.1 CP).

[90] Las reformas del delito de daños del art. 266 operadas en primer lugar por la LO 7/2000 y en segundo lugar por la LO 1/2015 no ha tenido en cuenta que se estaba introduciendo un tipo mixto, de lesión de los bienes jurídicos protegidos en los arts. 263.1 y 2, 265, 323 y 560 y, sobre todo, de peligro abstracto y/o concreto para la vida e integridad personales. Y precisamente desde la perspectiva del peligro para las personas no sería descabellado que se hubiera previsto tanto el delito doloso como el delito imprudente (tal como sucede en los delitos emparentados con el art. 266 CP, en los delitos de estragos y de incendio de los arts. 346-347 y 351-358 CP). A falta de dicha previsión, y en la medida en que no vengan en aplicación los arts. 347 y 358 CP, la destrucción de los objetos enumerados en los arts. 263.1 y 2, 265, 560, a través de explosiones, incendio, otros medios similares, generando peligro abstracto y/o concreto, cuando el hecho sea cometido con imprudencia grave habrá que recurrir al art. 267 CP, eso sí, siempre y cuando los daños causados superen la cuantía económica establecida en este precepto; para los daños en bienes enumerados en el art. 323 cometidos con imprudencia grave utilizando estos medios generando el peligro, abstracto o concreto para las personas, se recurrirá al art. 324 CP, si los daños superan la cuantía de cuatrocientos euros.

medios con capacidad destructiva en los apartados 1 a 3 y los medios con capacidad destructiva del apartado 4. En concreto, en este apartado 4 se ha mantenido la regulación anterior a la reforma de 2015, limitando, por tanto, la enumeración de medios destructivos a la provocación de explosiones u otro medio de similar potencia destructiva (pues la utilización del incendio da lugar a la aplicación en todo caso del delito tipificado en el art. 351 CP).

Se califican como tipos hiperagravados porque la pena se incrementa aún más si se cometen los daños de los arts. 263.1 y 2, 265, 323, 560 CP empleando como medios destructivos la provocación de explosiones u otros medios similares y se pone en concreto peligro la vida o integridad de las personas. Esto es, se combinan los medios de especial capacidad destructiva, la provocación de explosiones u otros medios similares[91], y el peligro concreto para las personas[92]. De manera expresa se establece que, si el medio destructivo utilizado es el incendio, y se pone en concreto peligro la vida o integridad de las personas, el delito que ha de ser aplicado es el delito de incendio del art. 351 CP, solucionando así el problema concursal que se hubiera generado en caso contrario. Esta previsión sirve, por otro lado, para interpretar el propio delito de incendio del art. 351 CP como un delito de peligro concreto, pues su tenor literal resulta lo suficientemente ambiguo como para que esta interpretación no sea tan evidente.

Pero en la previsión de estos tipos hiperagravados no se ha teniendo en cuenta la posibilidad de que se produzca un conflicto concursal entre el art. 266 y el delito de estragos del art. 346 CP[93], delito consistente en la provocación de explosiones o la utilización de similares medios para causar estragos por la destrucción, deterioro o

[91] Otra es la interpretación propuesta por QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 689, al afirmar que, dado que el art. 266.1 a 3 CP ya contiene las explosiones, las que agravan ahora los daños deben encerrar un potencial destructivo mayor que el del tipo "básico", añadiendo a continuación lo absurdo que resulta que se gradúe la gravedad de una explosión, por lo que incrementar la pena en atención a unos baremos de gravedad del explosivo, que no existe y puede depender de múltiples factores, "no parece una muestra de la mejor legislación".

[92] Para más detalles sobre la interpretación del art. 266.4 CP, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 366-412. CORCOY BIDASOLO, Artículo 266, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 940, no entiende la previsión contenida en el art. 266.4 CP, exigiendo el segundo de los requisitos, a saber el peligro para las personas, porque tal peligro ya está previsto en el art. 266.1 CP. Para encontrar sentido al art. 266.4 CP es necesario matizar que el peligro para la vida o integridad personales mencionado en el art. 266.1 a 3 CP se produce cuando los daños se cometen por medios que no son el incendio, los explosivos o medios de similar potencia destructiva o, tras la reforma de 2015, que no sean medios que generen el riesgo relevante de explosión o el riesgo de causar daños de especial relevancia.

[93] Refiriéndose de manera genérica al art. 266 CP (incluyendo, por tanto, todos los apartados del precepto), MESTRE DELGADO, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 416, critica la introducción en el capítulo dedicado a los delitos de daños un precepto "tan claramente regulador de estragos como es el artículo 266".

perturbación en una enumeración de objetos, bienes o recursos y poniendo en concreto peligro a las personas (pues no otro ha de ser el significado del término "comportaren necesariamente un peligro), en particular cuando se cometen daños de los arts. 265, 323 y 560 CP. La solución doctrinal propuesta para esta diferenciación, atendiendo a los objetos enumerados en el art. 346 CP para resolver el conflicto concursal a favor del delito de estragos[94], si bien *a priori* parece resultar sencillo, en supuestos concretos no lo va a ser tanto[95].

La relación concursal se ha podido ver también afectada por la reforma de 2015, ya que también el delito de estragos ha sido modificado por la LO 1/2015, en dos sentidos: primero, para ampliar el ámbito de la aplicación del delito, incluyendo la perturbación o interrupción del suministro de hidrocarburos u otro recurso natural fundamental. Segundo, para establecer qué pena resulta aplicable cuando se causan estragos sin poner en concreto peligro la vida o integridad personales: si antes de la reforma se remitía al art. 266 para castigar estos daños cualificados cometidos mediante explosión, con la reforma el art. 346 CP dispone que estos daños cualificados cometidos mediante explosión, si falta el peligro para las personas, se castigarán con la pena de prisión de 4 a 8 años.

Construido los tipos hiperagravados de daños por la combinación del medio con alta capacidad destructiva que pone en peligro concreto la vida o integridad de las personas, el tipo subjetivo requiere la presencia del doble dolo, de lesión y de peligro

[94] De esta opinión, entre otros, GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE I, 2004, 935 s., 936 s.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, en: Álvarez García (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.), PE II, 2011, 440 s.; en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP III, 2015, 372. Esta autora, para evitar este conflicto normativo entre los delitos de estragos y daños (y también, aunque en menor medida, con los delitos de incendio) propone otra regulación para el art. 266 CP, consistente en la agravación de la pena si los daños se cometen mediante incendio, explosiones, medio de similar potencia destructiva, remitiendo expresamente a los arts. 346 y 351 CP si además se pone en peligro a las personas [la misma propuesta aparece en Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 552). Pero esta propuesta interpretativa significaría que se castigaría como delito de estragos cualquier supuesto de daños cometido mediante explosivos, y para ello sería necesario también modificar la regulación del art. 346 CP; MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 413 s.; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 211 s., si bien reconoce la dificultad de establecer esta diferenciación comparando el art. 265 y el art. 346, por lo que finalmente la diferenciación se hará atendiendo al tipo penal que castigue con la pena más grave (desde esta perspectiva es el delito de estragos). NIETO MARTÍN, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 188, reconoce que la distinción entre los daños y el delito de estragos se ha oscurecido, admitiendo que la diferencia ha de buscarse en los objetos sobre los que recae la acción, concluyendo que en el art. 266.4 CP se castigan los "estragos menores". Por su parte, CORCOY BIDASOLO, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 939, ya alude a problemas de delimitación entre los daños y el delito de estragos en su comentario al apartado 1º del art. 266 CP.

[95] Véase, para más detalles, TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 154-266, 366-412.

concreto: el sujeto ha de ser consciente de que está utilizando un medio con alta capacidad destructiva, de su utilización se van a derivar daños en los bienes descritos en los arts. 263.1 y 2, 265, 323 o 560 CP y, además, atendidas todas las circunstancias concurrentes, con la utilización del medio destructivo va a poner en concreto peligro la vida o la integridad de alguna persona, aceptando este eventual resultado de peligro además de los daños causados con el medio altamente destructivo.

5. Aplicación al caso: el delito de daños del art. 266 CP

Como ya se ha comentado, la AP de Cádiz ha calificado los hechos desde la perspectiva del delito de daños del art. 263 CP, aplicando un único delito; en el momento en que han sucedido los hechos, el delito de daños del art. 266 CP estaba descartado si, previamente, los daños no han afectado a bienes al servicio de las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En la argumentación del tipo subjetivo, se ha descartado que el delito de daños descrito en el art. 263.1 CP exija un especial elemento subjetivo del injusto, la intención de dañar (que daría lugar a la construcción del delito como de tendencia interna intensificada, con los consiguientes problemas sobre su posible comisión o no con dolo eventual), interpretación defendida por la jurisprudencia tradicional. Se trata, pues de un delito doloso, entendido este como el conocimiento y voluntad de causar daños en cosas de propiedad ajena (elemento normativo que, en el caso tomado como muestra, no genera problemas en torno a si los acusados comprenden el significado material auténtico del término ajenidad).

Este delito de daños admite cualquier modalidad o clase de dolo, tanto el dolo directo como el dolo eventual. Parece que, en este caso, la AP ha planteado el dolo directo de segundo grado o de consecuencia necesarias en la actuación de los acusados: literalmente se argumenta que cuando arrojan el artefacto explosivo hacia la zona del aparcamiento de la Policía Local, "sabían y admitieron que la misma iba a causar daños de manera inmediata sobre los vehículos allí aparcados".

Se ha planteado esta modalidad de dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias respecto del delito de daños porque, a juicio de la AP, el propósito o intención de los acusados era atentar contra los agentes de la autoridad. Pero ya se ha planteado con anterioridad que esta intención de atentar no es tan evidente, desde luego no resulta deducible de los hechos probados. Al contrario, precisamente de

los hechos probados lo que parece deducirse es que los acusados han actuado con dolo directo de primer grado de causar daños (por eso lanzan el explosivo hacia la zona del aparcamiento donde están los vehículos particulares de los agentes), asumiendo o aceptando que puedan alcanzar también a los agentes, que resulten agredidos, por tanto, y causando lesiones a alguno de ellos.

De haberse planteado el delito de daños del art. 263.2.1º CP, este también se plantearía en su modalidad dolosa: los acusados reaccionan de esta manera como consecuencia del acto realizado por uno de los agentes: la intervención de la motocicleta de uno de los causados realizada días antes. Es claro que toman la decisión de causar daños y que tal decisión viene motivada por la actuación realizada por el agente en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo. Concurre, como mínimo, el dolo directo de consecuencias necesarias, pero como se ha acabado de explicar, se podría deducir que estamos en presencia de una actuación con dolo directo de primer grado (se trataría de una especie de compensación-venganza: "me quitáis la moto, vosotros os quedáis sin coche").

Pero es menester que nos detengamos un poco más en el análisis del delito de daños del art. 266 CP, para comprobar si el artefacto explosivo utilizado por los acusados es subsumible o no en alguno de los medios comisivos citados en este precepto.

El medio destructivo escogido por los acusados es el cóctel Mcgyver: botella de plástico que contiene aguafuerte y papel aluminio; se trata de una mezcla explosiva que, al alcanzar el suelo, produce una detonación. Tal como razona la AP de Cádiz, esta mezcla tiene unos efectos explosivos que hacen que la peligrosidad de la acción de acometimiento aumente al acentuar la gravedad de las consecuencias del acometimiento (recuérdese que la AP ha dado por probado el dolo directo de primer grado de atentado). Este artefacto explosivo, ¿será uno de los medios de potencialidad destructiva que están descritos en el art. 266.1 a 4 CP? Y si no es un medio de potencialidad destructiva, ¿encajaría entonces en la modalidad de daños poniendo en peligro la vida o integridad personales?

A la vista de los daños causados con el artefacto explosivo: la detonación ha afectado sobre todo a los vehículos aparcados, concretamente a cuatro vehículos, y los cuatro han resultado con desperfectos, no han quedado destruidos, se conoce el alcance de los desperfectos por la cuantificación económica de los mismos, pero no se describe

en qué han consistido exactamente (los desperfectos en la pintura de los vehículos pueden alcanzar estas cuantías), podría entenderse que este aparato explosivo no es un medio con gran capacidad destructiva de la propiedad, por lo que no se subsumiría en la primera parte de cláusula agravatoria de los delitos de daños del art. 266.1 CP. Pero, eso sí, puede encajar perfectamente en la segunda parte de la citada cláusula agravatoria: medio destructivo que, además, pone en peligro la vida o la integridad de las personas.

Desde luego, esta segunda posibilidad es factible, máxime cuando se ha aceptado que los acusados no solo han actuado con dolo de poner en peligro la integridad de los agentes de la autoridad, sino que también han actuado con dolo eventual de lesiones (al menos con dolo de lesionar a uno de ellos). Pero la primera cuestión, si se trata o no de un medio de alta potencialidad destructiva, tiene su relevancia, porque si se afirma que el aparato explosivo lanzado por los acusados se incluye en aquella categoría, en tal caso el tipo que tendría que ser apreciado sería el hiperagravado del art. 266.4 CP, porque se usa el medio con alta capacidad destructiva y poniendo en peligro a las personas, y, para la aplicación efectiva de este tipo hiperagravado, sería necesario que todos y cada uno de los elementos típicos fuera abarcado por el dolo de los acusados (en la hipótesis de que se apreciara el tipo objetivo del art. 266.4 CP, se podría poner en entredicho que los acusados conocieran la capacidad destructiva del artefacto explosivo, pues se trata de un artefacto "rudimentario").

Como se ha comentado, atendidas las características del aparato explosivo casero, con una capacidad destructiva reducida, el hecho ha de ser subsumido en el apartado que proceda del art. 266.1 a 3 CP. Para el caso de que se utilicen otros aparatos explosivos caseros con mayor capacidad destructiva, bien porque se derive de la detonación, bien porque la explosión puede llegar a provocar un incendio, no se va a poder descartar la eventual calificación como delito cualificado de daños del art. 266.4 CP, pero también puede entrar en aplicación el delito de estragos del art. 346 CP o, en su caso, el delito de incendio del art. 351 CP, este último de aplicación relativamente más sencilla pues pone el acento en el peligro concreto para las personas, pasando a un segundo plano si con la provocación del incendio se produce o no la destrucción del objeto incendiado. Y no debe perderse de vista que el incendio es un medio que también puede ser utilizado para la comisión del delito de estragos (la provocación de explosiones o cualquier otro medio de similar potencia destructiva). Es decir, también entre los delitos de estragos y de incendio pueden plantearse problemas concursales,

menos problemáticas cuando se trata de los delitos dolosos, pero su complicación es mayor cuando concurren los delitos imprudentes de estragos y de incendio (arts. 347 y 358 CP)[96].

V. EL DELITO DE TENENCIA DE APARATOS EXPLOSIVOS: ART. 568 CP

1. Análisis de los elementos típicos: tenencia de sustancias, aparatos explosivos o sus componentes

Si el sujeto se dispone a cometer un hecho delictivo mediante el incendio o la provocación de explosiones no es infrecuente que, con carácter previo, pueda incurrir en la comisión de otro delito, este calificado legalmente como delito contra el orden público: el delito de tenencia (entre otras conductas) de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, art. 568 CP.

El bien jurídico protegido en este delito se concreta en la seguridad de la comunidad frente a los riesgos que pueden surgir si no se somete a ciertos controles la tenencia de determinados objetos claramente peligrosos, como son las armas, los materiales explosivos e incendiarios, entre otros[97]. Planteado así el bien jurídico, el delito ha de ser calificado como de lesión, por cuanto la tenencia de los objetos descritos en el precepto sí suponen una afectación de la seguridad comunitaria[98]; si el objeto de

[96] Sobre la calificación del incendio como medio comisivo del delito de incendio o del delito de estragos, véase ampliamente TRAPERO BARREALES, Incendio, estragos y daños, 2006, 67-162, 266-285.

[97] Es la seguridad de la comunidad el bien jurídico protegido en el art. 568 CP para CUERDA ARNAU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 754. En términos parecidos, entre otros, BAUCELLS LLADÓS, Antes de los artículos 563 a 570, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2561 s.; AGUADO CORREA, Artículo 568, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 541; MORILLAS CUEVA, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1376; QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1023. Pone el acento en la seguridad ciudadana como medio de protección de la vida e integridad de las personas LLOBET ANGLÍ, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), PE, 4ª, 2015, 427; en términos parecidos CORTÉS BECHIARELLI, en: Gómez Rivero (dir.), PE II, 2ª, 2015, 653; GARCÍA ALBERO, Artículo 568, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1825, aludiendo también a la libertad. VERA SÁNCHEZ, Artículo 568, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1713, propone la protección de la seguridad pública en cuando se proyecta en el riesgo para la vida, la integridad, el patrimonio y el orden público; de la misma opinión, URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 815; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18634. Para MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 771, se protege el interés del Estado en el control de armas, explosivos, para privar al ciudadano de un medio eficaz para atacar al poder o resistirlo y para controlar medios peligrosos con el objeto de reducir la criminalidad violenta y asegurar la tranquilidad pública. En la SAP Cádiz que se ha seleccionado para ejemplificar este comentario se identifica el bien jurídico protegido como la seguridad pública.

[98] Se estaría aplicando el concepto de lesión respecto de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales propuesto por CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 213 ss., 218 s., 221 ss. Admiten que estamos ante un delito de lesión, entre otros, BAUCELLS LLADÓS, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP II, 2004, 2563; GARCÍA ALBERO, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1825. Desde la formulación del bien jurídico como interés del Estado en el control de objetos o medios peligrosos, MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 772, califica el delito

protección no fuera este, sino la vida o la integridad física de las personas, porque los objetos sobre los que se pretende tener control sobre su fabricación, tráfico o tenencia (entre otras conductas) sí son idóneos para generar peligro para tales bienes jurídicos, nos encontraríamos ante un delito de peligro abstracto[99], afirmación que generaría la duda ulterior de si se trata de un auténtico delito de peligro abstracto, por lo que requiere efectivamente la comprobación de que la conducta es peligrosa *ex ante* para su castigo penal, o si se trata de la tipificación de un delito de peligro presunto[100].

Deteniéndonos en los elementos típicos que interesan para ilustrar el ejemplo de referencia, entre las conductas típicas se ha incluido la tenencia, posesión material de uno de los objetos materiales descritos en el tipo penal y de los que se deduce la peligrosidad de la acción; desde la perspectiva de esta conducta típica, se castiga la mera tenencia o posesión, sin requerir una finalidad ulterior, se trata, por tanto, de un delito de mera actividad[101].

---

como de peligro abstracto, haciendo esta argumentación pensando en las razones que lleva a la protección de este interés estatal, y tales razones ni se han de lesionar ni se han de poner en concreto peligro.

[99] Califican el delito tipificado en el art. 568 CP como delito de peligro abstracto, pese a que se ha planteado como bien jurídico la seguridad de la comunidad, entre otros, AGUADO CORREA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 541; CUERDA ARNAU, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 754; MORILLAS CUEVA, en: Morillas Cueva (coord.), PE, 2ª, 2015, 1376; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18634, quien hace una doble caracterización, como delito de peligro abstracto desde la consideración del bien jurídico protegido y como un delito de peligro abstracto o presunto, por tratarse de sustancias extremadamente peligrosas para la seguridad colectiva. En la propia SAP de Cádiz seleccionada para ejemplificar el comentario, una vez formulado el bien jurídico como la seguridad pública, considera que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, pues no se requiere un resultado dañoso para la seguridad pública. Más correctamente, se califica como delito de peligro abstracto si se pone en relación con los bienes jurídicos vida, integridad (y, en su caso, otros), al margen de si se defiende o no que el objeto de protección es la seguridad ciudadana, entre otros, LLOBET ANGLÍ, en: Silva Sánchez (dir.)/Ragués I Vallès (coord.), PE, 4ª, 2015, 427; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1701, 1714; URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 815. En esta controversia sobre si nos encontramos ante un delito de lesión o de peligro subyace la discusión doctrinal en torno a los bienes jurídicos colectivos como la seguridad colectiva, salud pública, seguridad ciudadana, si estos bienes tienen o no autonomía frente a los bienes mediatamente o indirectamente protegidos como son la vida, la integridad personal, la salud, principalmente. Se acepte o no que la seguridad colectiva o la seguridad ciudadana es un bien jurídico autónomo, el peligro abstracto en todo caso va referido a la vida o la integridad personales.

[100] TERRADILLOS BASOCO, en: Terradillos Basoco (coord.), PE II, 2ª, 2016, 385 s., reconoce que en el tipo penal no se ha incorporado de manera explícita el requisito que aluda al peligro de los objetos descritos en el art. 568 CP, por lo que pareciera que se trata de un delito presunto. Este autor, sin embargo, propone que se incorpore el requisito del peligro por la vía interpretativa.

[101] Admiten que el art. 568 CP es un delito de mera actividad, pero haciendo esta afirmación de manera genérica, por tanto abarcando todas las conductas típicas, entre otros, AGUADO CORREA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP VI, 2015, 541; MORILLAS CUEVA, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1388; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1714; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18634; URRUELA MORA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PE, 2016, 815.

La conducta típica ha de ir referida a sustancias o aparatos explosivos, o sus componentes (entre otros objetos); nos encontramos ante elementos normativos, pues para su interpretación ha de recurrirse al RD 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos.

A la vista de la amplitud que puede alcanzar el tipo penal, aún más si se relacionan las conductas típicas y los objetos materiales, puede resultar que la tenencia de cualquier elemento que se vaya a utilizar para la elaboración de un aparato explosivo casero se convierta en un hecho delictivo, castigado con una pena muy elevada. Para evitar este exceso punitivo se ha propuesto reservar el tipo penal para conductas que posean cierta entidad, pues de lo contrario la mera tenencia de cualquier elemento que pueda transformarse en material explosivo o incendiario se subsumiría en este tipo penal[102]. Desde la misma premisa, se propone entender que los objetos, aparatos, sustancias, sean detentadas, fabricadas, comercializadas en concepto objetiva y subjetivamente de (armas o) instrumentos especialmente aptos, por indiscriminados, para causar estragos; desde esta perspectiva es como se puede explicar la gravedad de la pena[103]. Esta última, si bien es razonable, dada la gravedad de la conminación penal, quizás sea una interpretación excesivamente restrictiva, pues el concepto de estragos tiene unas connotaciones jurídico-penales muy determinadas, y por otra parte no tiene apoyo legal, como sí se encuentra en otros tipos penales que también castigan conductas como las enumeradas en este delito contra el orden público y que recaen sobre objetos materiales similares a los enumerados en el art. 568 CP (por ejemplo, en el delito contra la seguridad colectiva tipificado en el art. 348 CP).

---

[102] De esta opinión, VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1713. También BAUCELLS LLADÓS, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2563, desde el bien jurídico protegido en el Capítulo donde se ubica el art. 568 CP, la seguridad colectiva frente a los riesgos que se derivan de la circulación libre e incontrolada de armas y explosivos, y de su interpretación como un delito de lesión, defiende una interpretación restrictiva del objeto material, pero parece referirse luego de manera concreta al delito de tenencia de armas, pues se refiere a que se exige cierta idoneidad del arma para funcionar correctamente. Ya en el comentario al art. 568 CP propone este autor una interpretación restrictiva, exigiendo que los objetos materiales sean detentados objetiva y subjetivamente como armas, haciéndose eco de la interpretación jurisprudencial requiriendo que las sustancias o aparatos tengan cierta idoneidad para producir los efectos explosivos, inflamables o asfixiantes (p. 2596). Limitándose a la interpretación del objeto material referido a los componentes, LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (coord.), PE, 2016, 983, exige que se acredite la intencionalidad de su posesión para fabricar los objetivos prohibidos, porque en muchas ocasiones los componentes en sí mismos son inocuos o están destinados habitualmente a otros usos. Por su parte, MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 777, exige la posesión de una cierta cantidad de sustancias o aparatos, pues solo las cantidades potencialmente peligrosas pueden constituir el objeto del delito. También exige este autor la peligrosidad del objeto mismo, cumpliendo las características señaladas en el art. 568 CP: explosivos, inflamables, incendiarios, asfixiantes.

[103] V., en este sentido, GARCÍA ALBERO, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios PE II, 7ª, 2016, 1863.

La interpretación restrictiva está más que justificada si se toma como referencia el caso seleccionado para este comentario, pues de entrada supone castigar con una pena de prisión de 4 años como mínimo a los acusados porque llevan encima una botella de plástico con aguafuerte y papel aluminio. ¿Esta es la conducta en la que se está pensando cuando se tipifica el delito de tenencia de explosivos?

En el elemento referido al sujeto activo en el art. 568 CP se diferencia entre promotores y organizadores por un lado (a los que se castiga con la pena de prisión de 4 a 8 años) y los que cooperan a su formación (a los que se castiga con la pena de prisión de 3 a 5 años)[104]. En este delito, porque se han previsto de manera específica distintas formas de intervención en la realización de las diferentes conductas típicas, diferenciando entre promotores-organizadores por un lado y cooperadores por otro lado, y entre las formas de intervención están descritas formas de participación, no procederá la aplicación de la regulación general sobre las formas de participación (inducción, cooperación necesaria, complicidad), y en este caso habrá que plantearse qué alcance tiene el término cooperar, si va referida a una cooperación necesaria (pese a ello, castigada con una pena inferior a la prevista para el autor-organizador) o, por el contrario, si va referido a la cooperación no necesaria o complicidad (pues se castiga con una pena inferior a la del autor-organizador, si bien no es exactamente la pena inferior en un grado a la del autor).

El tipo penal está construido sobre el requisito de la accesoriedad, a la ley o administrativa; se trata de actividades realizadas al margen de la ley o de la autoridad, lo que impide su control y comprobación de si se aplican o no las medidas de seguridad necesarias en relación con cada una de las conductas típicas, medidas que son necesarias por el tipo de objetos materiales sobre los que recaen las distintas conductas descritas en el precepto. Esta falta de autorización legal o de la autoridad competente será el primer elemento que servirá para diferenciar este delito contra el orden público del delito parecido tipificado en el art. 348 CP, entre los delitos contra la seguridad colectiva (en la sección dedicada a los delitos de riesgo provocados por explosivos u otros agentes, dentro del Capítulo de los delitos de riesgo catastrófico).

El tipo subjetivo está limitado a la modalidad dolosa. A diferencia del delito homónimo en el CP 1944/1973, en el actual delito de tenencia de explosivos ya no se

[104] En el caso que ilustra este comentario, la AP de Cádiz inicialmente y el TS con posterioridad han calificado a los acusados como promotores u organizadores de la tenencia de explosivos.

requiere un especial elemento subjetivo del injusto[105], por lo que ahora resulta irrelevante cuál es la finalidad de la tenencia para que el hecho sea penalmente relevante[106]. Para su comisión dolosa será necesario que se construya el conocimiento (y voluntad) respecto de todos los elementos típicos, en particular respecto de los elementos normativos utilizados para la descripción de los objetos materiales: sustancias o aparatos explosivos, o sus componentes, y sobre el requisito de la accesoriedad, legal o administrativa.

2. Aplicación al caso: ¿delito de tenencia de aparatos explosivos?

Para la AP, primero, y el TS, con posterioridad, los acusados sí han cometido el delito de tenencia de aparatos explosivos. Concretamente, la conducta de tenencia se ha realizado sobre aparato explosivo, pues, a la vista de la definición del Reglamento de Explosivos, en el coctel Mcgyver se ha mezclado cloruro y aluminio, y se trata de una mezcla de carácter explosivo (se ha convertido en una materia explosiva).

Esto significa que se está calificando como tenencia de aparatos o sustancias explosivas, o sus componentes, aguafuerte, papel de aluminio y una botella de plástico. Y la de tales objetos se castiga con prisión de 4 a 8 años. ¿No resulta excesivo?

Cabría argumentar que este delito no se ha cometido en este caso atendiendo a los siguientes argumentos. Para castigar en este ejemplo a través de la tenencia de sustancias, aparatos explosivos o sus componentes es preciso establecer una mínima separación temporal entre la acción de detentación y la acción de uso del aparato explosivo, solo así habrá una afectación relevante del bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 568 CP, si se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual (la seguridad de los ciudadanos), o se estará ante una conducta peligrosa, fundamentalmente para bienes jurídicos personales como la vida o la integridad, con entidad propia y diferenciada. Por las propias características del artefacto explosivo no

[105] QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1053, reconoce que el tipo penal no requiere un especial elemento subjetivo del injusto, pero, dada la amplitud de la descripción de los elementos típicos, propone una interpretación restrictiva del delito, a través de la exigencia de dicho especial elemento subjetivo, pues de lo contrario el 90% de la actividad industrial química y petrolera sería típica. Pero si se exige que las conductas típicas de tenencia, depósito, fabricación, tráfico, transporte, suministro de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios, asfixiantes, o sus componentes, se realice sin autorización legal o de la autoridad competente, es de suponer que la actividad industrial química contará con tales autorizaciones, quedando así fuera del ámbito típico sin necesidad de requerir un especial elemento subjetivo del injusto.

[106] Pese a que no lo exige expresamente el art. 568 CP, MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 778, sí demanda el propósito delictivo como especial elemento subjetivo del injusto, pues sin este elemento se estaría elevando a delito lo que no sería otra cosa que una simple infracción administrativa o, en su caso, un delito tipificado en el art. 359 CP.

parece que en este caso pueda existir tal separación temporal: si los acusados hubieran llevado "preparado" el artefacto explosivo para su lanzamiento una vez se hayan aproximado al aparcamiento aquel habría explosionado durante su tenencia, atendidas las características de los componentes utilizados. Es decir, el artefacto explosivo se ha tenido que preparar *in situ*, y una vez "fabricado" ha de haber sido lanzado de manera inmediata para que efectivamente pueda explosionar en el lugar donde se encuentran los agentes.

Esto significa que la tenencia ha recaído sobre los objetos que van a ser utilizados para fabricar el artefacto explosivo: botella, aluminio y aguafuerte. Por separado, ninguno de ellos es una materia o sustancia explosiva: el aguafuerte tiene efecto corrosivo o irritante, se convierte en materia explosiva una vez se ha mezclado con el aluminio en la botella y esta se cierra. Pero la tenencia de sustancias corrosivas no se ha previsto en el art. 568 CP, este va referido a (aparatos, componentes) sustancias explosivas, inflamables, incendiarias, asfixiantes.

Si pese a todo se mantiene que concurre el tipo penal del delito de tenencia de aparatos explosivos, aún se podría poner en cuestión si los acusados han cometido dolosamente el delito de tenencia de explosivos. La duda surgiría a la vista de lo rudimentario del aparato explosivo utilizado para la comisión de los hechos delictivos: denominado cóctel Mcgyver, construido con la mezcla de aguafuerte y papel aluminio y usando una botella de plástico como recipiente.

En el elemento normativo el conocimiento del sujeto ha de ir referido al significado material auténtico de aquel[107]. En este caso sería preciso comprobar si los acusados son o no conocedores de la capacidad potencialmente destructiva del cóctel que han preparado, del que se deriva por tanto su peligrosidad para bienes y personas (más allá de que se plantee como bien jurídico colectivo o supraindividual protegido la seguridad pública, con el consiguiente problema de si nos encontramos ante un bien jurídico autónomo o no). Si es así, y por el relato de hechos probados parece confirmarse que los acusados sí son conocedores de la potencialidad destructiva del artefacto que han preparado, se afirmará que tienen el conocimiento o significado

[107] Sobre el dolo en los elementos normativos del tipo, y el tratamiento del error sobre estos elementos, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Error sobre los elementos normativos del tipo, La Ley, Madrid, 2008, *passim*; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, 16/nm. 38, 17/nm. 17-28.

material auténtico del elemento normativo, lo que confirmaría que han actuado dolosamente[108].

VI. LAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE LOS DELITOS DE LESIONES, DAÑOS, ATENTADO Y TENENCIA DE APARATOS EXPLOSIVOS

1. Las relaciones concursales entre los delitos de lesiones, daños, atentado

Como ha quedado reflejado en los epígrafes anteriores, se han analizado delitos pluriofensivos y mixtos, de lesión/afectación de un bien jurídico, el principal o el que sirve para su sistematización entre los delitos de lesiones, daños, atentado a agentes de la autoridad, y de peligro, abstracto o concreto, de otro u otros bienes jurídicos: la vida o la integridad física, este segundo bien jurídico descrito de manera genérica o referido al peligro de provocar lesiones de determinada entidad.

En todos ellos la conducta típica y, en su caso, el resultado de lesión o peligro para los bienes jurídicos puede llevarse a cabo a través del mismo medio comisivo: con la utilización de un artefacto explosivo se lesiona la integridad física, se acomete a los agentes de la autoridad, se destruyen o deterioran vehículos particulares, el lanzamiento del artefacto explosivo, atendidas todas las circunstancias concurrentes, crea peligro *ex ante* para la vida o integridad personal de los agentes y, *ex post*, la integridad física de varios agentes sido puesta en concreto peligro por el lanzamiento del artefacto explosivo.

El artefacto explosivo puede tener distinto alcance o entidad atendiendo a factores como sustancias utilizadas, cantidad empleada, uso o no de elementos que aumentan los efectos destructivos y/o lesivos, la capacidad expansiva, lugar donde se utiliza el artefacto, etc. Se puede estar ante un artefacto explosivo con capacidad para matar o

[108] Afirmado el dolo, como hipótesis se podría plantear un posible error de subsunción, con la posibilidad de que tal error se traduzca en un error de prohibición penal, desde la perspectiva del caso que se analiza, porque se trata de un artefacto casero, se han utilizado sustancias de muy fácil adquisición, el único componente que resulta peligroso es el aguafuerte, la tenencia se limita a una botella, se trata de sustancias o componentes que no son los más habituales cuando se trata de explosivos caseros (en los que se emplea gasolina, pólvora, mecha, etc.), porque también en relación con los explosivos en el Reglamento se han tipificado infracciones graves o muy graves. Los acusados podrían alegar que eran conocedores de la prohibición de la tenencia de estas sustancias (en particular del aguafuerte), pero que se trataría en todo caso de una infracción administrativa (por la finalidad de la tenencia), no de una infracción penal. Otra cosa es que este líquido se vaya a utilizar para cometer un delito, por su uso aislado o en combinación con otros materiales, pero en tal caso el artefacto fabricado se ha convertido en arma, igual que otros objetos que carecen de la consideración de arma se pueden convertir en tal cosa por el uso que se le dé a la misma (un palo, un bate, o el cuchillo de cocina).

para causar lesiones, más o menos graves, a una persona o a varias. La mayor o menor potencialidad destructiva y mayor o menor peligrosidad tiene relevancia sobre todo en el delito de daños del art. 266 CP, para delimitar adecuadamente los apartados 1-3 y 4 de este precepto y, eventualmente, para diferenciar correctamente entre los delitos de daños del art. 266 CP y el delito de estragos del art. 346 CP.

En dos de los delitos concurrentes, a la vista de su descripción típica y la interpretación aquí propuesta, desde la perspectiva del peligro para la vida o integridad personales se ha equiparado penológicamente el delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto: en el art. 551 CP se castiga con la misma pena usar un objeto peligroso que pone en concreto peligro la vida o integridad de uno o varios agentes (esta ha sido la interpretación aquí propuesta) o utilizar un explosivo potencialmente peligroso para la vida o integridad de los agentes y, en su caso, personas que se encuentren en el lugar del atentado. Y en el art. 266.1 a 3 CP se castiga con la misma pena utilizar un medio destructivo y potencialmente peligroso como es el explosivo o el incendio, entendiendo que tal peligrosidad implica riesgo personal y no solo riesgo para el patrimonio o utilizar un medio destructivo que pone en concreto peligro la vida o integridad personales.

Esto significa que en estos tipos penales se ha desatendido el principio de proporcionalidad aplicado al criterio de la progresión criminal: partiendo del mismo bien jurídico, es necesario establecer una diferencia penológica entre peligro abstracto-peligro concreto-lesión del bien jurídico.

Desde la perspectiva del peligro personal, los tipos penales concurrentes también pueden plantear diferencias, al menos uno de ellos: en el art. 148.1 CP el peligro para la vida o integridad personal está perfectamente individualizado, pues ha de ir referido exclusivamente al sujeto pasivo que ha sido lesionado en su integridad física con la conducta típica. Y es necesario que concurra el doble resultado, de lesión de la integridad física y de peligro concreto para la vida o integridad personal (riesgo de sufrir lesiones más graves). En los delitos tipificados en los arts. 266 y 551 el peligro, concreto y/o abstracto, es más indeterminado o general, precisamente porque el peligro puede ir referido a una o a varias personas.

El tipo subjetivo doloso de los delitos de peligro, abstracto o concreto, para establecer su ámbito aplicativo específico, ha de ir referido precisamente al requisito de peligro para la vida o integridad de las personas. Es decir, el dolo de peligro, abstracto o

concreto, no se ha de equiparar con la tentativa de matar o de lesionar cometida con dolo eventual. Esto significa que, desde el punto de vista subjetivo, se puede diferenciar entre la tentativa de homicidio, la tentativa de lesiones y la puesta en peligro de la vida o de la integridad física. Si el sujeto actúa con dolo de matar o con dolo de causar lesiones, y las víctimas están perfectamente delimitadas, los delitos de peligro no han de ser planteados pues procede la aplicación de los delitos de homicidio y/o de lesiones en grado de tentativa, y se plantearán tantos delitos en grado de tentativa como sujetos pasivos se haya intentado matar y/o lesionar.

La diferencia entre los delitos de peligro y los delitos de homicidio o lesiones en grado de tentativa puede significar que en ocasiones sea más gravemente sancionado el sujeto que actúa con dolo de poner en peligro la vida o la integridad personal que el sujeto que actúa con dolo eventual de matar o lesionar. La diferencia penológica se percibe más claramente comparando los delitos de peligro y la tentativa de los delitos de lesiones, sobre todo cuando los tipos penales que concurren son los de los arts. 147.1 y 148.1 CP.

De manera esquemática podemos presentar los delitos concurrentes de la siguiente manera:

Tipo	Bj	Peligro	Vida	Integridad	Dolo	Pena
148.1	Delito lesiones	concreto 1 persona	sí	lesiones graves: 149/150	dolo lesión + dolo peligro concreto	p. 2 a 5 años
551.1 (modalidad agente)	Delito atentado	concreto 1 o varias personas	sí	sí (sin especificar)	dolo atentado + dolo peligro concreto	p. 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses
551.2 (modalidad agente	Delito atentado	abstracto 1 o varias personas	sí	sí: lesiones graves (149/150 ¿y 147.1?)	Dolo atentado + dolo peligro abstracto	p. 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses
266.1 o 266.2 primera modalidad	Delito daños	abstracto 1 o varias personas	sí	sí (sin especificar)	Dolo daños + dolo peligro abstracto	p. 1 a 3 años p. 3 a 5 años+ m. 12 a 24 meses

266.1. o 266.2 segunda modalidad	Delito daños	concreto 1 o varias personas	sí	Sí (sin especificar)	Dolo daños + dolo peligro concreto	p. 1 a 3 años p. 3 a 5 años + m. 12 a 24 meses

En la explicación de las relaciones concursales entre los delitos de peligro y los delitos de lesión se suele defender el siguiente planteamiento: en el caso de que concurran un delito de peligro abstracto y un delito de peligro concreto, y ambos protegen el mismo bien jurídico, entre ambas figuras delictivas ha de plantearse un concurso de leyes, a resolver a favor del delito de peligro concreto por el principio de subsidiariedad o por el principio de consunción[109].

A su vez, cuando ambos protegen el mismo bien jurídico, entre el delito de peligro concreto y el delito de lesión se planteará un concurso de leyes, a favor del segundo por aplicación del principio de subsidiariedad, o el de consunción, si todas las personas puestas en peligro concreto han sido finalmente lesionadas con la conducta típica[110]. Se planteará un concurso de delitos en caso contrario, esto es, cuando solo alguna de las personas puestas en concreto peligro hayan resultado lesionadas. Y el delito de lesión concurrente generalmente será el delito imprudente, al menos desde el planteamiento teórico que diferencia entre el dolo de peligro y el dolo (eventual) de lesión[111].

En cuanto a la relación concursal entre el delito de peligro abstracto y el delito de lesión se ha defendido la aplicación de las reglas del concurso de delitos, pues el delito de peligro abstracto pretende castigar el peligro referido a una generalidad de personas

[109] Véase, en este sentido, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 360 s., aplicando el principio de consunción; ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica, Comares, Granada, 2004, 177; en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito, Comares, Granada, 2ª, 2016, 338, desde el principio de subsidiariedad.

[110] Véase, en este sentido, entre otros, SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Universidad de Valladolid, 1986, 124; 193; Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995, en: LH Torío, 1999, 509; GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, CEDECS, Barcelona, 1995, 357, como ejemplo de aplicación del principio de intensificación cuantitativa en la lesión del bien jurídico; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 359; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 80 (2005), 38 s., resuelto por el principio de consunción o, en última instancia, por el de alternatividad (cuando el delito de peligro se castiga con mayor pena que el delito de resultado lesivo); CASTELLÓ NICÁS, El concurso de normas penales, Comares, Granada, 2000, 156, 162, aplicando el principio de consunción; ESCUCHURI AISA, Concurso de leyes y de delitos, 2004, 177, 308 ss., 312 s., 319; en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PG, 2ª, 2016, 338; CÓRDOBA RODA, Artículo 8, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PG, 2011, 63, si bien resuelve el concurso con el principio de consunción; MIR PUIG, PG, 10ª, 2016, 685.

[111] Véase, para más detalles, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 359 s.; ESCUCHURI AISA, Concurso de leyes y de delitos, 2004, 319 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 80 (2005), 37 s., 38 s.; CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas penales, 2000, 100 s.

por lo que este *plus* de peligrosidad no puede ser abarcado por el eventual delito de lesión concurrente[112]. En otras ocasiones el concurso de delitos se apoya desde la diferencia en el bien jurídico protegido por los delitos concurrentes: el delito de peligro abstracto protege un bien jurídico diferente al que resulta protegido por el delito de lesión, de ahí que haya de descartarse el concurso de leyes entre ellos y, en su lugar, se haya de apreciar el concurso de delitos[113].

Dejando de momento apartado el delito de lesiones, como se ha comentado a lo largo de estas páginas los delitos cualificados de atentado y de daños castigan de manera indistinta tanto el peligro abstracto como el peligro concreto para la vida o integridad de las personas. Para no castigar dos veces la puesta en peligro personal será suficiente con que se aprecie uno de los delitos cualificados concurrentes, resolviendo el concurso de leyes a través del principio de alternatividad, ya que los restantes principios no resultan aplicables. A través del principio mencionado el delito que ha de ser apreciado en este caso es el delito cualificado de atentado a los agentes de la autoridad[114].

El planteamiento concursal acabado de explicar sirve para abarcar el riesgo personal generado por la utilización del aparato explosivo, y con la aplicación del delito cualificado de atentado también se castiga la adicional afectación o menoscabo del bien jurídico protegido en este delito ubicado en el título dedicado a los delitos contra el orden público. Pero queda sin ser sancionada la lesión del bien jurídico protegido por

[112] De esta opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 80 (2005), 38; ESCUCHURI AISA, en: Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), PG, 2ª, 2016, 338; MIR PUIG, PG, 10ª, 2016, 685.

[113] De esta opinión, entre otros, GARCÍA ALBERO, Concurso de leyes, 1995, 357 s., también cuando el delito de peligro concreto protege un bien jurídico colectivo o institucional autónomo (no se trata, por tanto, del adelantamiento en la protección penal de determinados bienes jurídicos individuales); CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 356, 358 s., desde la consideración de que los delitos de "peligro" protegen bienes jurídico supraindividuales con autonomía y diferenciado de los bienes jurídicos que se ponen en peligro como la vida o la integridad física (no se trata del simple adelantamiento de la barrera de protección de los bienes jurídicos individuales); CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas penales, 2000, 92 ss., 96 ss., desde el delito de peligro abstracto de conducción bajo el efecto del alcohol o drogas y el delito de resultado lesivo, formalmente defiende el concurso de delitos si el primero protege la seguridad colectiva y el segundo protege la vida o la integridad física, si bien finalmente parece aceptar que el delito de peligro abstracto realmente protege de manera directa la vida o la integridad personales y, desde esta perspectiva, la relación concursal entre el delito de peligro abstracto y el delito de resultado lesivo se ha de resolver aplicando las reglas del concurso de leyes, a favor del principio de consunción o, en última instancia, el principio de alternatividad (pues en ocasiones el delito de resultado lesivo puede estar sancionado con pena menor que el delito de peligro abstracto); ESCUCHURI AISA, Concurso de leyes y de delitos, 2004, 177 s., 314, 322 s., quien parece defender la autonomía del bien jurídico colectivo y tal bien jurídico puede estar presente tanto en el delito de peligro concreto como en el delito de peligro abstracto (utiliza como ejemplo el delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 CP, planteando el bien jurídico no en la protección de la vida o integridad frente a peligros concretos, sino que se protege un bien jurídico distinto de la vida o integridad personal).

[114] Coincidiendo en la conclusión, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 688, resuelve el concurso entre el delito tipificado en el art. 266.1 CP y los delitos de atentado considerando que los segundos absorben la figura del delito cualificado de daños.

los delitos de daños; para abarcar este adicional desvalor de acción y de resultado habrá que apreciar el tipo penal que proceda, en este caso que se analiza puede ser el tipo básico del art. 263.1 CP o puede ser el tipo agravado del art. 263.2 CP.

Porque los delitos cualificados de atentado y de daños castigan de manera indistinta tanto la conducta peligrosa para la vida o integridad personales (art. 551.2 y 266.1 y 2 primera parte de ambos apartados CP) como el resultado de peligro concreto para la vida o integridad personales (art. 551.1 y art. 266.1 y 2 segunda parte de ambos apartados CP) se puede evitar la consecuencia paradójica que, en otro caso, podría producirse si se aplicara la teoría general sobre las relaciones concursales entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Efectivamente, si se hiciera un análisis individualizado de cada uno de los apartados concurrentes de ambos tipos cualificados podría resultar lo siguiente: la utilización del artefacto explosivo, valorado desde el delito de atentado, daría lugar al planteamiento de la modalidad agravada del art. 551.2 CP, castigando la conducta peligrosa para la vida o para la integridad física (si el eventual resultado lesivo que pudiera causar el artefacto explosivo se subsumiera en las lesiones graves), pues a fin de cuentas el artefacto explosivo es uno de los medios potencialmente peligrosos que están mencionados de manera explícita en la cláusula interpretativa del art. 551.2 CP; el artefacto explosivo, valorado desde el delito de daños, daría lugar al planteamiento de la modalidad agravada poniendo en concreto peligro la vida o integridad de las personas, pues el artefacto explosivo del caso analizado no tiene una alta potencialidad destructiva por lo que quedaría descartada su subsunción en la agravación basada en la provocación de explosiones. Aplicando las reglas generales del concurso de leyes esto significaría que el delito de peligro concreto, el del art. 266.1 o 2 CP, absorbería o consumiría el delito de peligro abstracto, el del art. 551.2 CP (solo en la parte referida al peligro personal, luego el art. 266 estaría en concurso de delitos con el de atentado del art. 550 CP), resolviendo el concurso a favor del delito que conmina con una pena menor, una solución concursal que además entra en contradicción con el principio de proporcionalidad que ha de estar detrás de la idea de la progresión criminal: el peligro abstracto para la vida o integridad personales ha de estar castigado con pena menor y el peligro concreto para la vida o integridad personal ha de estar sancionado con mayor pena, máxime cuando el medio utilizado y que genera dicho peligro en ambos casos es el mismo. Para evitar esta consecuencia penológica injustificable habría que "adaptar" la teoría general del concurso al caso analizado, bien

manteniendo que se trata de un concurso de leyes, pero resuelto a través del principio de alternatividad, bien planteando el concurso de delitos entre ambos tipos cualificados, lo que significaría sancionar el peligro personal doblemente.

La interpretación inclusiva, no excluyente, de las circunstancias 1ª y 2ª del art. 551 CP, considerando que la utilización de explosivos para cometer un atentado, si pone en concreto peligro la vida o integridad de los agentes, puede ser incluido en la utilización de objetos peligrosos del art. 551.1º CP evitará las consecuencias en materia de concursos acabadas de comentar.

La solución del concurso de leyes acabada de exponer puede ser diferente si el fundamento de los tipos cualificados de atentado y de daños se plantea de otra manera: en el primer caso porque la agravación también se explica por la mayor afectación al bien jurídico protegido en el delito de atentado, en el segundo caso porque la utilización del explosivo también implica peligro abstracto para el patrimonio y no solo para la vida o integridad de las personas. Desde esta perspectiva el concurso habría de ser resuelto a través de las reglas del concurso de delitos, pues solo así se abarcaría de manera completa todo el desvalor de acción y, en su caso, de resultado relacionados con todos los bienes jurídicos implicados.

Resuelto el planteamiento concursal entre los delitos cualificados de atentado y de daños queda ahora completar el análisis con el delito de lesiones. La relación concursal parece sencilla si se analiza desde el tipo de resultado efectivamente producido, sea en su modalidad dolosa sea en su modalidad imprudente, esto es, desde los tipos penales descritos en los arts. 147, 149, 150 en su modalidad dolosa o art. 152 en su modalidad imprudente: en el planteamiento concursal entra en aplicación las reglas generales antes mencionadas sobre el concurso entre un delito de peligro concreto y el o los delitos de lesión, dolosos o, en su caso, imprudentes.

Si se modifica el ejemplo tomado para la explicación y resultara que en el aparcamiento solo hubiera un agente que es el que efectivamente sufre la lesión en su ojo derecho, y efectivamente se admitiera que los acusados han actuado con dolo de causar lesiones a este agente, el planteamiento concursal se tendría que resolver de la siguiente manera: de admitirse que resulta aplicable el delito cualificado de atentado del art. 551.1 (porque ha habido puesta en peligro concreto la vida o integridad de las personas, dejando al margen si los sujetos han actuado o no además con dolo de causar lesiones) estaría en concurso de leyes con el delito de lesiones del art. 147.1 CP,

resuelto a favor del delito de lesiones; el delito de lesiones serviría para castigar la afectación o lesión del bien jurídico integridad física y salud, pero para abarcar todo el desvalor de acción y de resultado habría que apreciar ahora el tipo básico de atentado (art. 550 CP) y de daños (art. 263.1 o 2 CP). Esta solución, sin embargo, lleva al resultado paradójico de que la lesión al bien jurídico, cometida dolosamente, es castigada con una pena menor (la pena del art. 147.1 es prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses) que la pena que hubiera resultado aplicable de castigar la mera puesta en peligro de ese bien jurídico (la pena del art. 551.1 es prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses), cuando la actuación con dolo de peligro concreto no implica necesariamente que se admita el eventual resultado lesivo que pueda derivarse de la situación de peligro creada con la conducta. La única forma de evitar este absurdo es resolver el concurso de leyes no con el principio de subsidiariedad o consunción, sino con el principio de alternatividad, a favor del delito de peligro, contradiciendo de este modo la idea de la progresión criminal que subyace en la relación concursal entre el delito de peligro concreto y el delito de lesión[115].

En el caso tomado como ejemplo, porque el artefacto explosivo ha puesto en concreto peligro a varios agentes, al menos a tres agentes, y a uno de ellos efectivamente ha sufrido lesiones en un ojo, el planteamiento concursal entre el delito cualificado de atentado y el delito de lesiones, en este caso del art. 147.1 CP si tomamos como referencia la calificación de la AP (ha admitido que los acusados han actuado con dolo de causar lesiones y se ha planteado como único tipo penal concurrente el del art. 147.1 CP) ha de ser resuelto aplicando las reglas del concurso ideal entre ambas infracciones penales, pues solo así se podrá abarcar de manera completa el menoscabo del bien jurídico protegido en el delito de atentado y en el delito de lesiones y el peligro concreto para los agentes que han estado a punto de sufrir lesiones en su integridad

[115] Para más detalles sobre las relaciones concursales entre el delito cualificado de atentado y los delitos de resultado, de lesiones o de homicidio, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 161 s., quien analiza el problema que surge al resolver el concurso de leyes entre el delito cualificado de atentado y el delito de homicidio imprudente: la aplicación del homicidio imprudente impediría la aplicación del tipo cualificado de atentado, recobrando su ámbito aplicativo el tipo básico de atentado, que entraría en concurso de delitos con el homicidio imprudente. Ahora bien, este concurso de delitos entre ambas infracciones penales llevaría al resultado de que se castigaría con una pena menor matar imprudentemente en la comisión de un atentado (arts. 142 en concurso de delitos con el actual art. 551.1) que poner en peligro la vida en la comisión de un atentado (actual art. 551.1). Para evitar esta consecuencia penológica propone que el concurso entre el delito cualificado de atentado y el delito de homicidio imprudente se resuelva a través del principio de alternatividad, lo que supone aplicar el delito cualificado de atentado (y este delito ya abarca el menoscabo al bien jurídico protegido por el delito de atentado).

física. Y habrá que añadir en la relación concursal el delito de daños del art. 263.1 o del art. 263.2 CP.

Pero en la explicación de este caso se ha analizado la posible aplicación del delito de lesiones del art. 148.1.1º CP, porque los acusados han actuado con dolo de causar lesiones y han empleado un medio concretamente peligroso para la integridad física de la persona lesionada (la lesión se ha producido en el ojo derecho, se podría plantear el peligro concreto de pérdida de la visión de ese ojo derecho). Se ha de analizar, por tanto, la posible relación concursal entre este delito de lesiones y el concurso ideal entre el delito cualificado de atentado y el delito de daños del art. 263.1 o 263.2 CP.

Tomando como referencia el delito cualificado de atentado a los agentes de la autoridad, se está ante el concurso entre un delito de peligro concreto para una o varias personas y un delito de lesión-peligro concreto para una única persona, la que ha resultado lesionada en su integridad física. En la concurrencia de dos delitos de peligro concreto para la vida o integridad personal, ¿qué solución se ha de adoptar?

En la hipótesis de que solo una persona sea la que haya sido puesta en concreto peligro y, eventualmente, haya sufrido el menoscabo en su integridad física, empleando el medio peligroso subsumible en ambos tipos penales concurrentes la solución parece sencilla: el tipo penal que permite abarcar todo el desvalor de acción y de resultado es el delito de lesiones del art. 148.1.1º CP, porque a través de él se abarca el menoscabo de la integridad física de la persona lesionada, el peligro concreto para la vida o para la integridad y salud de esta persona y que tal peligro se ha derivado de la utilización de un medio peligroso que puede ser perfectamente la utilización de un aparato explosivo. Y este delito es más específico porque pretende castigar más gravemente la puesta en concreto peligro de un sujeto perfectamente delimitado e individualizado, frente al delito de atentado a los agentes de la autoridad del art. 551.1º CP en el que el peligro concreto no ha de estar necesariamente tan individualizado, pues puede ir referido a un agente, pero también a varios agentes.

Obviamente, la aplicación del delito de lesiones del art. 148.1 CP abarca la puesta en concreto peligro de la vida o integridad personal, pero no el menoscabo o afectación del bien jurídico protegido en el delito de atentado; descartado el tipo cualificado, habría que apreciar el delito básico del art. 550 CP.

En conclusión, el concurso se resolvería a través de las reglas del concurso ideal entre el delito de lesiones del art. 148.1 CP, daños del art. 263.1 o 263.2 CP y delito de atentado del art. 550 CP. Y se resolvería además apreciando el delito más gravemente sancionado, el delito de lesiones, imponiendo la pena de este delito en su mitad superior.

Pero parece que la solución ha de ser otra cuando, como puede suceder en el caso tomado a modo ejemplificativo, el artefacto explosivo lesiona dolosamente a un agente de la autoridad y pone en peligro concreto a otros agentes, en la hipótesis de que el artefacto ha puesto en concreto peligro la vida del agente lesionado o, al menos, ha generado peligro de causar lesiones más graves; en este caso, ¿cabe plantear un concurso de delitos entre el art. 148.1.1 y el delito cualificado de atentado del art. 551.1 CP?[116]

Si se observa ambos delitos pretenden castigar la puesta en concreto peligro de la vida o integridad personales, siendo en este caso más específico el delito de atentado al permitir abarcar el peligro para una o varias personas. Y no parece que sea lógico plantear ambos tipos penales a la vez pues, si así se hiciera, aparte de por otras razones, eso significaría que se estaría diferenciando entre el peligro para una persona, que se subsumiría en el primer delito de peligro concreto, y el peligro para las restantes personas, subsumido en el segundo delito concurrente. Una consecuencia a todas luces ilógica y absurda.

Ahora bien, la aplicación del tipo penal que abarcaría el peligro concreto para todas las personas en riesgo por la utilización del artefacto explosivo significaría que se estaría apreciando un delito castigado con una pena menor (en su límite máximo) a la prevista por el delito que castiga la puesta en concreto peligro la vida o integridad de una única persona: en efecto, el delito del art. 551.1 CP se conmina con pena de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses, mientras que el delito del art. 148.1 CP se conmina con pena de prisión de dos a cinco años. No parece que esta solución sea muy razonable, pues no puede ser más grave poner en peligro a una única persona que poner en peligro a varias personas, cuando en uno y otro caso se puede estar empleando el mismo medio peligroso: un artefacto explosivo casero, eso sí, cambiarán las

[116] Rechaza tal posibilidad MUÑOZ CONDE, PE, 20ª, 2015, 757, pues supondría una vulneración del principio *non bis in idem*. Sí parece diferenciar entre el concurso de leyes y el concurso de delitos entre el art. 148.1 CP y el actual art. 551.1 CP, dependiendo de si el peligro queda enteramente consumido o no por el delito de lesión producido, CUERDA ARNAU, Atentado, 2003, 162 s.

circunstancias concurrentes cuando se lanza el artefacto explosivo. Si se quiere evitar este efecto privilegiante habrá que resolver el concurso de leyes a favor del art. 148.1 CP, aplicando una vez más el principio de alternatividad. Eso sí, una vez resuelto el concurso a favor del art. 148.1 CP, para abarcar la afectación al bien jurídico protegido por el delito de atentado habrá que apreciar el tipo básico descrito en el art. 550 CP.

Se ha de analizar si la solución concursal es diferente si en el caso planteado solo el agente de la autoridad lesionado ha sido puesto en concreto peligro, respecto de los restantes agentes el artefacto explosivo ha sido un medio potencialmente peligroso para su vida o su integridad física (en la hipótesis de que el artefacto explosivo haya tenido la potencialidad de causar lesiones graves), desde el punto de vista subjetivo los acusados han actuado con dolo de causar lesiones en el agente herido, con dolo de poner en concreto peligro su integridad física y con dolo de peligro abstracto para la integridad física de los restantes agentes presentes en el aparcamiento (partiendo de la hipótesis de que el artefacto tiene la potencialidad necesaria para causar lesiones graves). En tal caso se estaría planteando la relación concursal desde la perspectiva del delito de lesión-peligro concreto del art. 148.1 CP y el delito de lesión-peligro abstracto del art. 551.2 CP. Si se aplica la teoría general anteriormente mencionada se estaría ante el concurso de leyes entre el delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto, resuelto con el principio de subsidiariedad o consunción a favor del delito de peligro concreto, en este caso el art. 148.1 CP. Y en este supuesto el tipo penal que resulta de la aplicación del concurso de leyes efectivamente es el que sanciona más gravemente el hecho. Ahora bien, una vez más, el art. 148.1 CP absorbería el peligro para los agentes, no el menoscabo o afectación del bien jurídico protegido por el delito de atentado.

A la vista de la solución a la que se llega, desde el momento en que se prueba que el agente lesionado ha estado en peligro concreto, y concurre el doble dolo de lesión y de peligro concreto, resulta irrelevante si se produce o no el resultado de peligro concreto para los demás agentes, por lo que no ha de ser probado si el artefacto explosivo produce o no tal resultado de peligro concreto y tampoco si concurre o no el correspondiente dolo de los acusados: solo ha de probarse que el artefacto explosivo es potencialmente peligroso, y que los acusados son conscientes de ello.

Con las soluciones concursales a las que se ha llegado se llega a los siguientes resultados: desde el momento en que el sujeto activo actúa con dolo de causar lesiones y de poner en concreto peligro la vida o la integridad de la persona que va a resultar

lesionada, se va a castigar con la misma pena que se ponga en concreto peligro a otras personas o que el lesionado sea el único que ha estado en peligro, o que se ponga en concreto peligro a la persona lesionada y que el artefacto explosivo haya generado o no peligrosidad *ex ante* para otras personas cercanas: haya o no peligro concreto para otras personas, haya o no peligrosidad *ex ante* para otras personas, haya peligro concreto para una o varias personas distintas del lesionado y situación de peligro para otras personas, en todos los casos la pena es la misma: prisión de dos a cinco años, porque el delito de lesiones del art. 148.1 CP en todos los casos resulta ser el delito preferentemente aplicable. En el caso de que se haya puesto en concreto peligro a otros agentes puede servir a la hora de la individualización judicial de la pena.

En este comentario se ha partido de la tesis de que se puede diferenciar entre el dolo de lesión, el dolo de peligro concreto y el dolo de peligro abstracto. Desde esta diferenciación el ámbito específico de los delitos de peligro abstracto y concreto es aquel en el que se realiza una conducta peligrosa, y el sujeto es consciente de tal peligro en el primer caso, o aquel en el que se produce el resultado de peligro concreto para la vida o integridad personales, y el dolo del sujeto va referido a este resultado en el segundo caso, pero en ambos supuestos el dolo del sujeto no va referido al eventual resultado lesivo para la vida o la integridad de la/s persona/s.

Desde esta premisa los delitos de peligro abstracto y concreto deberán estar descartados si el sujeto actúa con dolo de causar lesiones o con dolo de matar, pues en este caso deberían ser planteados los correspondientes tipos penales de lesiones y/u homicidio, consumados y/o en tentativa. Si el análisis se plantea desde el delito de lesiones del art. 147.1 CP, consumado y/o en tentativa, o el delito del art. 148.1 CP en tentativa, una vez más nos encontramos ante una solución penológica insatisfactoria: se castiga más gravemente al sujeto que, utilizando el artefacto explosivo como medio comisivo, actúa con dolo de causar lesiones a un agente que al sujeto que actúa con dolo de poner en peligro la integridad física de un agente: en el primer caso se ha de imponer la pena del art. 147 CP, prisión de tres meses a tres años (y este delito en concurso con el delito de atentado) en el segundo se ha de imponer la pena del delito de atentado del art. 551.1 CP, prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses. Y el tratamiento penológico es aún más diferenciado si se plantea el delito de lesiones en grado de tentativa.

La aparición de tipos penales que castigan el peligro concreto o el peligro abstracto para la vida o integridad de las personas puede servir también para evitar este tratamiento penológico privilegiante, particularmente en el caso de que el peligro se cierna sobre la integridad física: bastará con que se pruebe que el sujeto ha actuado con dolo respecto del peligro para la integridad de una o varias personas para que, acto seguido, resulten aplicables los tipos penales de peligro; alcanzada esta prueba, no se va a probar si, además, el sujeto actuaba o no con dolo de lesionar dicho bien jurídico, máxime si tal resultado lesivo no se ha producido realmente.

2. Las relaciones concursales entre el delito de tenencia de explosivos y los delitos de lesiones, atentado, daños

Como se ha explicado en los apartados anteriores, en los delitos de lesiones, atentado, daños, se han tipificado modalidades agravadas consistentes en la utilización de medios peligrosos entre los que se pueden incluir los aparatos explosivos caseros. Previamente a su utilización el sujeto ha de poseer el aparato explosivo o, como alternativa, los componentes o sustancias que van a ser utilizados para la "fabricación" del aparato explosivo.

En definitiva, el delito de tenencia de aparatos explosivos concurrirá habitualmente con uno o varios de los delitos mencionados, y será preciso decidir si se está ante un concurso de leyes, porque puede ser aplicado el principio de progresión criminal entre la tenencia de explosivos y los delitos en los que se traduzca aquella posesión, o si se está ante un concurso de delitos.

El planteamiento concursal habrá de ser resuelto a través de las reglas del concurso de delitos si se defiende que en el delito de tenencia de aparatos explosivos se protege un bien jurídico colectivo o supraindividual autónomo; desde esta perspectiva, porque el bien jurídico protegido es distinto al que salvaguarda el delito de lesiones, con o sin peligro personal, el delito cualificado de atentado y el delito de daños, obligatoriamente han de ser aplicadas las reglas del concurso de delitos, aplicado al caso que sirve de ejemplo, se trataría del delito de tenencia de explosivos en concurso medial con los delitos de lesiones, daños y atentado, estos en concurso ideal entre sí.

Si se descarta esta tesis, pese a todo no resulta sencillo decidir si nos encontramos ante un concurso de leyes o de delitos en el caso de concurrencia de las distintas modalidades típicas mencionadas. La discusión se ve influenciada por los marcos

penales con los que están sancionados los tipos penales concurrentes: desde los tipos penales que aquí se han planteado, el art. 568 CP, si concurre la modalidad referida a promotores u organizadores, con prisión de 4 a 8 años, el delito de lesiones del art. 148.1 CP con prisión de 2 a 5 años, el delito de atentado a agentes de la autoridad del art. 551 CP con prisión de 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses y los delitos de daños del art. 266 CP oscilan entre prisión de 1 a 3 años hasta prisión de 4 a 8 años (dependiendo de la clase de daños causados, incluyendo los apartados 1 a 4 del art. 266 CP).

Porque, a la vista de las penas con las que se conminan los distintos delitos concurrentes, partiendo de la tesis de que en el delito de tenencia de aparatos explosivos no se protege un bien jurídico supraindividual autónomo sino que se está ante un delito de peligro abstracto para la vida o la integridad personales, la aplicación del principio de progresión criminal (principio de consunción) significaría que el concurso tendría que resolverse con las reglas del concurso de leyes a favor de los delitos daños, lesiones, atentado. Es decir, el resultado que se consigue es que se castigaría más gravemente al sujeto que posee sin más el artefacto explosivo que al sujeto que acaba utilizando el artefacto que ha poseído previamente, pudiendo además cometer diversos hechos delictivos con ese material explosivo, un efecto penológico completamente injustificado.

Este resultado ha sido advertido por un sector de la doctrina, lo que ha llevado a que se descarte las reglas del concurso de leyes entre el art. 568 CP y delitos como el de daños o el de atentado a los agentes de la autoridad[117] proponiendo en su lugar el

[117] De esta opinión, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: González Cussac (coord.), PE, 4ª, 2015, 487, quien señala que el delito de tenencia de explosivos no queda absorbido sin más en los delitos de daños del art. 266 CP; MORILLAS CUEVA, en: Morillas Cueva (dir.), PE, 2ª, 2015, 1388, quien sí admite la aplicación del principio de progresión criminal cuando el delito resultante está castigado con mayor pena que el delito de tenencia de explosivos (serían los delitos de incendio y de estragos), pero no cuando el delito resultante tiene una pena inferior, pues en este caso se produciría una profunda contradicción; VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1715, en la explicación del concurso con los delitos de daños; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18660, refiriéndose también al delito de daños del art. 266 CP y al delito de atentado del art. 551 CP. Y en la relación concursal con el delito de atentado, el autor se hace eco del planteamiento jurisprudencial a favor del concurso de delitos, porque los dos tipos penales protegen bienes jurídicos diferentes (p. 1713). GARCÍA ALBERO, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP II, 7ª, 2016, 1864, solo alude al concurso con el delito de estragos, resuelto como concurso de leyes (eso sí, si en el comisión del delito de estragos se ha empleado todo el material explosivo poseído). Por su parte, BAUCELLS LLADÓS, Artículo 568, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP PE II, 2004, 2598 s., aparte de analizar las relaciones concursales con otros delitos (los tipificados en los arts. 348, 359 CP), sí parece admitir el concurso de leyes con el delito de estragos, si se utilizan todos los aparatos explosivos poseídos. También se hace eco del planteamiento concursal defendido jurisprudencialmente con el delito de atentado, en el que también se aplica el principio de

concurso de delitos, y se trataría del concurso medial[118], no un concurso real como ha sido apreciado por la AP en el caso que se ha tomado como referencia (concurso real con el delito de atentado), pues la posesión o tenencia es medio para la comisión de los restantes hechos delictivos.

En ocasiones se ha optado por la diferenciación entre el concurso de leyes y el concurso de delitos dependiendo del tipo de tenencia que se plantea. O, dicho de otra manera, se atiende al número de artefactos explosivos que el sujeto posee, y si estos se utilizan completamente en el acto delictivo que se va a cometer: en el caso de que todos los aparatos, materiales, sustancias explosivas que el sujeto posee sean utilizados en el acto delictivo procede aplicar la regulación del concurso de leyes, aplicando la construcción de la progresión criminal, en caso contrario se estará ante un concurso de delitos, y puede plantearse el concurso medial[119].

En términos parecidos, también se ha admitido la tesis de la progresión criminal cuando la tenencia no llega a tener autonomía respecto del delito que se va a cometer a continuación, al tratarse de una detentación inmediatamente anterior a la comisión del hecho delictivo[120].

Esta idea, unida a la anterior, podrían ser aplicadas al caso que se comenta (solventada la duda sobre su tipicidad tal como se ha explicado en el apartado anterior), difiriendo así del planteamiento de la AP y del TS, cuando además la tenencia se limita a una cantidad mínima de sustancia que puede llegar a ser explosiva (el aguafuerte mezclada con el aluminio), el resto de elementos no son aparatos explosivos, sustancias o componentes, los acusados utilizan todo el material que poseen en los hechos delictivos que han cometido, y se supone (pues no hay información al respecto) que han preparado el artefacto explosivo en un momento temporal inmediatamente anterior a su utilización, entre otras razones porque si la preparación es previa habría explosionado

progresión criminal si el sujeto utiliza todos los aparatos explosivos poseídos en la comisión de este último, en otro caso se aprecian jurisprudencialmente las reglas del concurso real de delitos.

[118] A favor del concurso medial, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 7ª, 2015, 1053. Parece admitir que se trata de un concurso real DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18660.

[119] CORCOY BIDASOLO, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 940 s., expone la interpretación del TS desde el delito de tenencia de aparatos explosivos en el marco de los delitos de terrorismo, art. 574 CP, y el delito de daños del art. 266.1 CP, diferenciando entre el concurso de leyes y el concurso de delitos dependiendo de si la tenencia de los aparatos explosivos es para una acción concreta o se trata de una tenencia estable.

[120] Plantean esta tesis VERA SÁNCHEZ, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 1715; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: Molina Fernández (coord.), Memento práctico penal, 2016, nm. 18660.

antes de llegar al aparcamiento. Se trata, pues de una posesión efímera, claramente preordenada a la finalidad principal e inmediata de causar daños y/o atentar contra los agentes de la autoridad: toda la peligrosidad que implica la posesión o detentación del aparato explosivo se ha convertido en peligro concreto para las personas/lesiones/daños/atentado a los agentes. De hecho la peligrosidad de las sustancias detentadas aparecen en el momento en el que se mezclan en la botella, no hay una peligrosidad *ex ante* para la vida e integridad personales y, en consecuencia, tampoco se puede afirmar que ha habido una mínima afectación de la seguridad ciudadana. O al menos no mayor peligrosidad que la que implicaría que los acusados portaran palos u otros objetos que se convierten en medios peligrosos por su uso.

* * * * * *

Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes
Prof. de Derecho Penal, UNED, Centro asociado de Úbeda, Jaén. Abogado. Socio de la FICP.

~La problemática concursal~

I. PLANTEAMIENTO

La solución que deben merecer aquellos supuestos en los que un sujeto es acusado de haber cometido varios delitos, la denominada problemática concursal, por lo general suele estudiarse como una cuestión de medición de la pena, y de hecho, en nuestro Código Penal tanto el concurso real como el ideal y medial, así como el delito continuado (arts. 73 a 77) se regulan bajo la rúbrica titulada "La aplicación de las penas". En dichos preceptos se contienen las diversas reglas penológicas que deberán aplicarse en función de la clase de concurso de que se trate.Por su parte, en el art. 8 y ubicado en el título preliminar, relativo a las garantías penales y de aplicación de la ley penal, se contemplan los casos en los que un único hecho puede ser subsumido en varios tipos penales al mismo tiempo.

Sin embargo, las previsiones allí contenidas no permiten verificar cuándo nos encontramos ante una u otra clase de concurso, pues mientras en el caso del concurso real el art. 73 se limita a declarar, con carácter general, que al responsable de dos o más infracciones penales se le impondrán todas las penas correspondientes para cumplimiento simultáneo, y ya en el art. 76 se fija que la suma aritmética no superará el triple de la pena mayor, en el caso del concurso ideal y medial el art. 77 establece, como presupuesto, que un solo hecho constituya dos o más infracciones o que una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.La continuidad delictiva es definida en el art. 74 a través de la ejecución de una o varias acciones u omisiones, infractoras del mismo precepto penal o de igual o semejante naturaleza, y todo ello en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, en cuyo caso se castigará por la infracción más gravemente penada en su mitad superior. Finalmente, el art. 8 expone los criterios para determinar la norma aplicable, de entre las varias confluyentes en un mismo supuesto fáctico.

En consecuencia, si el propósito del legislador hubiera sido clasificar los diversos supuestos de concurso habría fracasado, en tanto que tal regulación no ofrece criterio alguno que permita determinar cuándo un único hecho que pueda ser subsumido en dos o más preceptos, constituye uno o varios delitos, de manera que la regulación

legalparece haberse preocupado más de las consecuencias que sobre la pena han de tener los supuestos concursales, que de los elementos necesarios para determinar cuándo debe concurrir uno u otro supuesto [1].

Ante este panorama normativo, es necesario fijar unos criterios seguros que permitan incluir en alguna de las modalidades concursales citadas las múltiples formas en que se presenta el devenir delictivo. No obstante, si atendemos a la regulación contenida en los mencionados preceptos de nuestro ordenamiento penal, podemos comprobar cómo en ellos se contienen diversos conceptos que es preciso aclarar. En efecto, el art. 73, en el que se prevé el concurso real, alude a la comisión de dos o más "delitos", mientras que el art. 77 (concursos ideal y medial), habla de que un solo "hecho" constituya dos o más "infracciones".

De lo expuesto se desprende que, en materia concursal, los dos parámetros que desde el punto de vista dogmático se toman en consideración son, por un lado, el sustrato fáctico (conducta o hecho) que acontece en la realidad, y por otro, la significación jurídico-penal del mismo, por lo que si bien tanto el concurso real, ideal y aparente implican pluralidad de delitos, sólo en el real concurre pluralidad de acciones (o hechos)[2]. En cuanto al delito continuado, se trata asimismo de una pluralidad acciones y de delitos que, no obstante, se reconducen a uno solo a efectos de penalidad.

En consecuencia, la problemática concursal hace preciso el abordaje previo de la referente a cuándo el sujeto habrá realizado una acción ohecho único aunque haya cometido varios delitos(concurso ideal) y cuándo, en cambio, deba responder de varios delitos independientes según las reglas del concurso real y, en estos últimos supuestos, cuándo deberá apreciarse la continuidad delictiva[3]. A tal fin, comenzamos exponiendo las distintas posiciones manejadas por la doctrina y la jurisprudencia.

II. LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN

Los partidarios de esta corriente consideran que, para determinar si el hecho ha sido único o plural, es preciso acudir al criterio de la unidad natural, conforme al cual

[1] CID MOLINÉ, Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (en adelante ADPCP) 1994, pp. 30-31; ÁLVAREZ POZO,El concurso ideal dedelitos, tesis doctoral, Granada 2007, pp. 5-ss.

[2] CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español, Parte General II. Teoría del delito (2), Madrid 2009, pp. 657-658.

[3] En este sentido, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducido por Miguel Olmedo Cardenete), Granada 2002, p. 763, considera que el punto de partida de la teoría del concurso no puede ser otro que la distinción entre la unidad y pluralidad de acciones.

deberá apreciarse comportamiento único cuando la conducta sea manifestación de un solo acto de voluntad[4], concebido como una actuación que causa o no impide que se produzca una modificación en el mundo exterior y motivada por las representaciones del sujeto, participando así del doble carácter físico, como inervación, y psicológico, como fenómeno de la conciencia por el que se establecen causas, siendo tal manifestación de voluntad distinta al resultado exterior por ella causado[5].

Se trata de una concepción puramente ontológica y, por tanto, prejurídica, asentada sobre la voluntad[6], única referencia sobre la que valorar si hay una o varias acciones y siendo irrelevantes las consideraciones anímicas del sujeto previas a su actuación, en tanto que todas ellas se integran en el acto volitivo[7]. De esta forma, para la unidad natural de acción es por completo irrelevante que se haya producido uno o varios resultados lesivos, como sucede cuando a través de una sola acción (explosión de un artefacto) se mata a varias personas[8], en cuyo caso no se puede afirmar que deban apreciarse tantas unidades de acción como resultados producidos[9], pues si sólo una ha sido la manifestación de voluntad deberá apreciarse un único delito aunque el resultado lesivo sea múltiple, lo cual solamente tendrá influencia en la pena a imponer dentro del marco penal correspondiente[10].

Para verificar si concurre unidad de propósito a tales efectos, el criterio rector es el de la ejecución en un estrecho contexto espacio-temporal, de manera que si los diversos movimientos corporales se ejecutan en tal contexto habrá un único hecho, en tanto que dicha secuencia de actos puede ser descrita a través de una sola clase natural de acción y así, por ejemplo, quien efectúa un disparo fallido contra la víctima que se encuentra de espaldas (y, por tanto, con alevosía), y tras reaccionar ésta se produce un forcejeo en el transcurso del cual le vuelve a disparar causándole la muerte (esta vez, ya no de forma alevosa), aunque se aprecian dos movimientos corporales que se incardinan

---

[4] MEZGER, Tratado de Derecho Penal II (traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid 1933, pp. 309-310.

[5] VON LISZT, Tratado de Derecho Penal II(traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1929, pp. 285-286.

[6] CIDMOLINÉ, ADPCP 1994, p. 49, pone de relieve que la teoría de la unidad natural toma como premisa la tesis de la identidad, según la cual existirá unidad de acción si una secuencia de la actividad humana realiza diversos tipos penales, pero a través de una única manifestación de voluntad.

[7] PUIG PEÑA, Derecho Penal, Parte General II, Madrid 1955, p. 280.

[8] LACKNER/KÜHL, StrafgesetzbuchmitErläuterungen, München 1995, p. 313; ANTÓNONECA, Derecho Penal, Parte General I, Madrid 1949, p. 455; ROIG TORRES, El concurso ideal de delitos, Valencia, 2012, p. 37, 75-76.

[9] PESSINA, Elementos de Derecho Penal (traducido por Hilarión González del Castillo), Madrid, 1913, pp. 537-538.

[10] VON LISZT, Tratado II, 1929, pp. 145-146, 156.

en tipos diversos (tentativa de asesinato y homicidio consumado), todos ellos se pueden englobar en una acción única (homicidio consumado) por cuanto los diversos disparos se pueden describir según la clase natural de acciones a las que se refiere el verbo "matar"[11]. Según lo expuesto, la pluralidad de movimientos corporales no altera la unidad natural de acción cuando aquéllos se desarrollen sin solución de continuidad en el mismo marco espacio-temporal y respondan a un único fin o plan del autor, siendo así el comportamiento global reflejo de un dolo unitario, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario como reflejo de una misma motivación[12].

En consecuencia, dicha unidad no se apreciará cuando las conductas sean diferenciables espacio-temporalmente, porque respondan a actitudes psicológicas diversas o surjan como manifestación diferente de una renovación de voluntad, así como cuando cada una integre la totalidad del segmento típico de distintos preceptos penales[13]. Es por ello, que no existe unidad de acción en el caso de quien al mismo tiempo que golpea a otro le insulta, pues aun cuando toda la secuencia se realiza en un mismo marco espacio-temporal, la misma se inserta en varias descripciones diferenciadas (golpear e insultar)[14]. Por su parte, cuando los bienes jurídicos atacados son separables de su titular, como el patrimonio, la reunión de todos los objetos afectados en un contexto unitario determinará un delito único aunque pertenezcan a varias personas, mientras que si no concurre esa unidad contextual porque los objetos sustraídos o dañados estaba guardados en lugares distintos, entonces no se apreciará unidad de acción sino delito continuado[15].

Estas conclusiones se admiten, en lo esencial, por los partidarios de concepciones diversas a la unidad natural de acción. A tal efecto y desde tales posiciones doctrinales, también se requiere que el sujeto actúe en el seno de una "unidad subjetiva", que estará presente cuando "el autor pretende desde el principio una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente como muy tarde durante la ejecución del comportamiento precedente. El que el autor tenga ideas concretas sobre el número de actos necesarios (golpear diez veces), o bien haga depender del efecto tales actos (golpear hasta derribar a la víctima), da igual. En caso de imprudencia, decide el

[11] CID MOLINÉ, ADPCP 1994, p. 51.
[12] STS 28-9-1996.
[13] SSTS 22-11-1994, 16-2-1995.
[14] MEZGER, Tratado II, 1933,pp. 310-312.
[15] VON LISZT, Tratado III, 1929,pp. 146-147.

conjunto del comportamiento arriesgado (arrojar cerillas encendidas por la ventana hasta vaciar la caja)"[16].

En estos supuestos, lo que en realidad se produce es un mero incremento cuantitativo en una situación motivacional unitaria, como la redacción de un escrito conteniendo varias expresiones ofensivas[17], la inducción a distintos autores mediante una conversación con todos ellos o la ejecución de un hurto a través de varias acciones de sustracción[18], incluyéndose aquellos supuestos en los que se realiza varias veces un tipo penal mediante varias manifestaciones de voluntad, pero sólo uno de los actos habría sido suficiente para ello, sin que los restantes incrementen lo más mínimo el injusto, como el testigo que, a lo largo de un proceso judicial, declara falsamente en diversas ocasiones[19].

La conexión entre las diversas actuaciones a efectos de considerarlas en sentido unitario, se produce a través de ese componente subjetivo, aunque no es suficiente una disposición renovada por el mismo motivo, pues en cuanto concluye la voluntad de acción concluye también el delito[20], por lo que si el autor da por concluida una paliza por considerar que la víctima ya ha recibido su merecido pero, seguidamente, vuelve a enfurecerse y empieza de nuevo a golpear, hay nuevas lesiones en concurso real[21]. Es intrascendente, por otra parte, que los actos singulares sean o no homogéneos, por ejemplo, intentar un homicidio con varios hachazos para, finalmente, ocasionar la muerte por estrangulamiento[22], o una cesación momentánea – por los motivos que fueren- de la acción emprendida para a continuación volver a la carga empleando otros medios que aseguren el resultado, es compatible con la consideración unitaria de la acción[23].

---

[16] JAKOBS,Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid 1995, p. 1077.

[17] STS 2-1-1907.

[18] JESCHECK, Tratado,2002,p. 767.

[19] LACKNER, Strafgesetzbuch, 1995,pp. 313-314; CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal II (2),p. 664.

[20] Al respecto, JESCHECK, Tratado,2002,p. 768, habla de "permanencia del mismo contexto motivacional en una situación fáctica unitaria".

[21] GARCÍA ALBERO, Sobre la denominada unidad natural de acción, ADPCP 1994, p. 223; CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal II (2),2009, pp. 664-665. Sin embargo, la STS 22-6-2010, apreció un solo delito de incendio en el caso de quien prendió fuego en la vivienda de su pareja y, cuando ya estaba totalmente extinguido por los bomberos, horas después se personó de nuevo en el inmueble y volvió a incendiarlo.

[22] JAKOBS, Derecho Penal,1995, p. 1079.

[23] GARCÍA ALBERO, ADPCP 1994, pp. 225-226.

Esa unidad subjetiva debe proyectarse, como se indicó, sobre una situación ejecutiva unitaria, pero no es suficiente con que mediante la realización del acto anterior se evidencie la voluntad de continuar en cualquier momento posterior, pues la voluntad por sí sola no genera delito si no se encuentra típicamente objetivada. Por esta razón, no puede apreciarse unidad de acción cuando se administra veneno a la víctima en diversas ocasiones con frecuencia diaria o semanal, se sustrae todas las noches objetos de un almacén o se recetan indebidamente a todos los pacientes que presentan determinado cuadro clínico, pero sí son reconducibles a unidad el descargar una lluvia de golpes sobre la víctima, proferir una catarata de insultos, vaciar un almacén sin solución de continuidad o rayar con un clavo una fila de vehículos aparcados[24].

La jurisprudencia mayoritaria ha seguido los postulados de la unidad natural de acción. Así, inicialmente, en los supuestos de causación múltiple de resultados a través de una sola conducta ha apreciado delito único, por lo que las muertes, lesiones y daños materiales provocadas por la deflagración de un artefacto explosivo, deberán ser castigadas en régimen de concurso ideal[25].Este proceder toma como base la consideración personal del ilícito penal, en el que el mensaje normativo se dirige a la acción y, por tanto, sólo las acciones estarán en condiciones de infringir la norma, de manera que la unidad o pluralidad de hechos (tanto en el delito doloso como en el imprudente) no puede hacerse depender de que sean uno o varios los resultados lesivos acaecidos[26]. Sin embargo, cuando fueron varias las acciones agresivas (múltiples disparos), se negó la unidad sancionándose como diversos delitos en régimen de concurso real[27].

Esta jurisprudencia experimentó una primera variación, cuando se consideró que en tales supuestos había de decidir el contenido del acto de voluntad del sujeto, de modo

[24] JAKOBS, Derecho Penal,1995, pp. 1078-1079.

[25] STS 8-7-1985: "Unidad de propósito doloso en el agente y en la resolución delictiva, aun cuando con resultados múltiples, lo que conlleva, a su vez, como ha expresado esta Sala, la unificación en el correctivo, suavizándolo en razón a la unidad de impulso criminal y finalidad perseguida". En otro sentido, STS 20-12-1988.

[26] SSTS 18-5-1998, 23-4-1992.

[27] La STS 9-2-1935, en el caso de quienes hicieron varios disparos contra el coche que ocupaba la persona a la que querían dar muerte, alcanzando asimismo a los ocupantes, apreció varias acciones argumentando que los autores "revelaban su decisión de acabar también con la vida de los acompañantes si ello era inevitable para lograr su designio punitivo, todo lo cual supone pluralidad de hechos delictivos, expresión de varias intenciones criminosas, dirigidas a la violación de normas protectoras de distintos bienes jurídicos". La STS 30-12-1980 dictada en el caso del asesinato de los abogados de Atocha, negó la unidad natural de acción porque no se trataba de una única conducta generadora de resultados múltiples, como la colocación de un artefacto explosivo, "sino de acciones diversas, separadas entre sí, por fracciones de segundo, pero individualizadas, disparos sucesivos cambiando, cada uno, el punto de mira y la trayectoria de los proyectiles". En el mismo sentido, STS 2-4-1993.

que si éste obró con dolo directo y, por tanto, pretendió alcanzar con su conducta la totalidad de los resultados producidos, deberán apreciarse varios hechos punibles en concurso real con independencia de que para ello se hayan efectuado varios disparos con arma de fuego o explosionando una bomba. Distintamente, si la voluntad del autor se proyectó fundamental y directamente sobre la acción pero no sobre los resultados, es decir, obró con dolo eventual respecto a estos últimos, entonces será de aplicación el concurso ideal concurriendo unidad de acción y diversidad de resultados[28].

Y en pronunciamientos más recientes, el alto Tribunal modifica por completo su planteamiento inicial, considerando que cuando el autor obró dolosamente (con dolo directo o eventual), los diversos resultados lesivos deberán serle atribuidos en régimen de concurso real aun cuando fuese sólo una la conducta realizada[29]. En apoyo de ello se aduce, que quien actúa sabiendo que de su conducta se pueden derivar varios resultados, revela una mayor energía e intensidad que cuando la dirige hacia uno solo, pues en el primer caso incorpora a su acción una intención plural con respecto a los resultados[30], doctrina que ha sido confirmada mediante el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, a tenor del cual "los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 CP)"[31].

En delitos contra la libertad sexual, las fluctuaciones jurisprudenciales han sido también evidentes. En los casos de violación, se ha considerado que debe apreciarse delito continuado cuando el acceso carnal se ha realizado repetidamente entre los mismos sujetos activo y pasivo y en el contexto de una misma ocasión y circunstancias inmediatas de tiempo y lugar. Incluso, otros pronunciamientos han admitido la

[28] SSTS 11-2-1998, 11-6-1997. La STS 4-3-2002, en el caso de estrangulamiento a mujer embarazada (lo que constaba al acusado) provocando la muerte del feto, condena por asesinato y aborto en concurso ideal. En sentido crítico, ÁLVAREZ POZO, El concurso ideal, 2007, pp. 262-263, denuncia la falta de sustento dogmático en este proceder, en tanto que ninguno de los preceptos reguladores de las distintas modalidades de concurso lo define en función de la vinculación subjetiva entre el sujeto activo y el resultado, además de que si en los casos de delito unitario la clase de dolo (directo/eventual) no tiene influencia sobre el marco penal, tampoco hay razón para que lo haga en los supuestos de pluralidad.

[29] SSTS 21-4-2014, 20-3-2013, 12-7-2012.

[30] STS 3-2-2005.

[31] La STS 29-1-2015, asume esta postura, aunque contó con el voto particular del Magistrado Luciano Varela Castro.

continuidad delictiva en tales delitos cuando los actos agresivos se han realizado con reiteración, sobre la misma persona y durante un período de tiempo más o menos extenso, siempre que se constate una misma dinámica intimidatoria combinada con situaciones de prevalimiento o abuso de superioridad, a través de las que el autor consigue el dominio de la voluntad de la víctima para proseguir durante todo el período de ejecución con su conducta delictiva[32], no faltando otros que acuden a la continuidad ante la imposibilidad de concretar actos individualizados de agresión o abuso realizados en un período largo de tiempo[33], aunque también se encuentran supuestos en los que, estando perfectamente delimitados los actos agresivos en uno corto espacio temporal, se aplica el delito continuado[34]. En otras ocasiones, se ha distinguido entre los supuestos de agresión y los de abuso sexual a través del argumento de que, en el primer caso, al ser preciso vencer la resistencia de la víctima, en cada ocasión en que ello suceda se dará vida a un delito independiente, mientras que cuando de abusos se trata, el sujeto se vale de la superioridad de la víctima generando así una situación prolongada que sí permitiría apreciar la continuidad delictiva[35].

Y en otros supuestos, se ha apreciado delito único (y no continuado) cuando el autor ha sometido a la víctima a varias penetraciones de modo inmediato y en el mismo lugar. En este sentido, se afirmó la existencia de un solo delito de violación en quien penetró a la víctima vaginal y analmente, sin más interrupción temporal que la necesaria para cambiar de posición en el interior del vehículo, y ello sobre el argumento de que concurrió "un solo dolo y obedeciendo a una única intención libidinosa del autor que no se vio satisfecho con el primer acceso carnal (…) la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto y responde a la misma motivación"[36]. Se habla, en tales supuestos, de un "único impulso erótico"[37] que impide

[32] SSTS 7-10-2015; 17-12-2013; 24-4-2001, 9-6-2000, 11-10-1996. La STS 5-2-2014 apreció también delito continuado aun cuando los dos episodios estaban plenamente individualizados, por el argumento de que los mismos se cometieron por el abuelo contra su nieta en el ámbito de la relación familiar que les unía. Otros pronunciamientos, en cambio, rechazan abiertamente la continuidad delictiva en tales casos, SSTS 10-3-2009, 19-3-2004, 18-9-2003, 10-7-2002, 20-10-2000, 4-11-1978, 5-4-1973, 30-1-1973, 27-5-1972, 5-3-1969, 12-1-1968.

[33] SSTS 28-5-2015, 22-1-2015, 5-12-2007.

[34] STS 9-7-2014, apreció continuidad delictiva en el caso de quien, tras violar a la víctima en la calle, se la llevó a una casa donde volvió a agredirla sexualmente; STS 18-1-2006.

[35] STS 30-1-2009.

[36] STS 20-11-1995.

[37] SSTS 21-5-2001, 19-12-2000, 11-10-1999, 19-6-1999, 14-5-1999, 29-4-1999, 5-3-1999, 7-6-1997, 19-4-1997. La STS 27-5-1974 apreció delito único entres actos de estupro, sobre la base de que "aunque haya varios yacimientos sólo puede punirse un delito de estupro, porque el primer acceso proyectó su antijuricidad sobre los posteriores fundiéndose todos en uno solo, porque dados la unidad de propósito y de víctima los hechos posteriores al primero no añaden nada en el aspecto penal y sólo significan la

apreciar varios delitos, pudiéndose únicamente graduar la pena dentro del marco establecido en función de la gravedad objetiva del hecho y dentro de las facultades que el legislador confiere al órgano de enjuiciamiento[38].

Y, finalmente, otras sentencias admiten el delito único sólo cuando en la dinámica comisiva concurren agresiones sexuales y violación, considerando que en principio ésta absorberá a las primeras en fenómeno de progresión delictiva, cuando los actos constitutivos de agresión precedan a la violación y puedan ser valorados como preparación o antecedente de la misma pero, en cambio, se castigarán de forma separada como dos delitos distintos cuando, consumada la violación, el autor, para volver a satisfacer sus deseos libidinosos ejecute nuevos actos que atenten contra la libertad sexual de la víctima[39], así como cuando los actos precedentes a la violación resulten especialmente aberrantes, como obligar a succionar el pene[40]. En supuestos de violación por vía bucal seguida de otra vaginal, se ha negado asimismo la unidad delictiva por estimar que no se trata de un fenómeno de repetición o progresión que sólo desde el punto de vista cuantitativo incremente la gravedad objetiva del hecho[41].

Esta ausencia de criterios homogéneos se objetiva, asimismo, en los supuestos de falsedad documental. Una línea jurisprudencial estima que debe apreciarse delito único aun cuando el sujeto haya cometido materialmente varias falsificaciones en diversos documentos, si los diferentes actos se realizaron en un mismo contexto espacio-temporal, en cuyo caso se afirma que concurre un único designio criminal[42]. En cambio,

---

insistencia y perseverancia en el mismo delito de estupro y no la comisión de nuevos delitos". La STS 19-10-1931, en el caso de quien simultáneamente abusó de dos niños, declaraba que "llevados a cabo los expresados hechos en un solo acto y con idéntico propósito o finalidad, sin que mediare solución de continuidad, no cabe dividir la responsabilidad que de ellos se derive, constituyendo, por consiguiente, un solo delito".

[38] SSTS 10-10-2012, 4-10-2011, 3-6-2003, 17-3-1997.

[39] SSTS 11-12-2000; 4-4-2000.

[40] STS 26-12-1990.

[41] SSTS 26-4 y 11-3-1994; 22-4-1992: "Las acciones sexuales previas (o posteriores) al acceso carnal vaginal que, a su vez, se manifiestan en otras formas de acceso carnal (no vaginal o con objetos) comportan lesiones al bien jurídico protegido que no son irrelevantes y que, por lo tanto, no pueden ser co-sancionados con la violación".

[42] SSTS 6-4-2016, 2-3-2016, 30-10-2015, 28-9-2015, 24-7-2015, 4-6-2012, 7-5-1999. La STS 17-12-1956 apreció delito único de falsedad y estafa en la venta de 38 participaciones de lotería falsas, aun cuando resultaron defraudadas varias personas; STS 28-5-2014, apreció delito único en caso de falsificación de varios documentos integrantes de un expediente, "que, lógicamente, ha de componerse de distintos documentos, pero desde el hecho probado parece referirse a una única acción, la falsificación de un expediente, como documento único efectuado en unidad de acto". La STS 22-3-2010, consideró cometido un solo delito de falsedad en la expedición de treinta certificados falsos de defunción realizados con motivo de la identificación de cadáveres por accidente aéreo; STS 7-11-2007, 7-4-2006, 16-7-2003 (aportación de cuatro facturas manipuladas), 9-6-2003 (confección de pluralidad de partes de baja correspondientes a varios trabajadores).

otros pronunciamientos restringen la unidad a los casos en los que las diversas actuaciones falsarias se llevan a cabo sobre un mismo documento o, sobre varios, pero en el curso de una operación realizada de forma simultánea, optando por el delito continuado cuando, no obstante realizarse todas las conductas en unas mismas coordenadas de espacio y tiempo y movidas por un único propósito, cada una de las conductas obtiene el resultado apetecido por el autor[43].

Los supuestos que acabamos de exponer, muestran claramente la insuficiencia del criterio de la unidad natural para resolver la problemática de la unidad y pluralidad, pues ya se han visto las divergentes soluciones que, a través del mismo, se ofrecen a casos sustancialmente iguales, lo que es notorio en delitos contra la libertad sexual, en los que situaciones muy parecidas se califican de forma diversa por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que genera una patente inseguridad y efectos discriminatorios en cuanto a la pena a imponer. Esto es lo que ha movido a otro sector de la doctrina, a la búsqueda de soluciones fuera del ámbito de la unidad natural, tal y como se expone a continuación.

III. CRITERIOS NORMATIVOS

Es común a los defensores de esta orientación, el rechazo a la idea de que puedan existir unidades de acción de naturaleza prejurídica susceptibles de ser normativamente deslindadas[44], no ofreciendo la realidad cotidiana criterios sólidos sobre los que aplicar las normas jurídicas[45], además de que en muchas ocasiones el propio tipo penal unifica acciones que, desde un punto de vista natural, son distintas, como sucede en el robo con violencia o la falsificación de moneda[46].

[43] En este sentido, la STS 19-4-2001, casando la sentencia de instancia que había apreciado único delito de falsedad, condenó por delito continuado a quienes sustrajeron una tarjeta de compra y, falsificando la firma de su titular, realizaron varias compras en unos grandes almacenes. La de 30-12-2014 apreció, asimismo, continuidad delictiva en el caso de utilización del documento de identidad ajeno en varios hoteles y provincias diferentes; SSTS 29-12-2014, 22-5-2009, 16-4-2009. La STS 10-11-2005 aplicó la continuidad en el caso de falsificación de dos letras de cambio con vencimiento el mismo día, y sin embargo, la de 4-2-2005 consideró que había delito único en el caso de la confección de dos nóminas falsas en las que se consignaron fechas diversas; la STS 19-2-2003, apreció continuidad en la imputación de firma de cinco cheques perpetrada el mismo día, y la de 14-7-1999 apreció, asimismo, continuidad delictiva en quien sustrajo una tarjeta y, con ella, realizó varias compras simulando la firma del titular en los taloncillos de compra: "La firma de cada taloncillo de compra constituyó un documento distinto y una acción falsaria independiente. Hubo pluralidad de acciones, ya que hubo solución de continuidad separadora de las estampaciones de la firma en cada documento".

[44] JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, pp. 765-766.

[45] ROIG TORRES, El concurso ideal, 2012, p. 95.

[46] LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch, 1995, p. 315.

Por este motivo, se afirma que el criterio de la unidad natural se revela insuficiente para resolver esta problemática de modo satisfactorio, siendo necesario incluir un criterio normativo, por lo que si bien la unidad de acción se integraría ante todo por un factor finalista, constituido por el conjunto de actuaciones aisladas que se reúnen en virtud de una voluntad final, la determinación de si ha existido un único comportamiento o varios sólo puede ser verificado a través de parámetros normativos, extraídos de los tipos legales[47]. De esta forma, quien hurta una pistola para asesinar con ella a otro aúna todos los referidos actos en un único designio final, pero la sustracción del arma constituye ya por sí sola una unidad de injusto con sustantividad propia respecto al asesinato, no dependiendo su punición como tal de que éste se lleve efectivamente a cabo, por lo que la unidad de acción jurídico-penal se integra tanto por la proposición de un fin voluntario como por el enjuiciamiento normativo social-jurídico en razón de los tipos[48]. Con arreglo a esta perspectiva, varios actos de la misma naturaleza vinculados inmediatamente en el tiempo constituyen una acción única, cuando a tenor de una interpretación razonada del tipo forman una unidad: varios golpes sucesivos integran maltrato, varios golpes de hacha, homicidio[49].

Se traslada así la problemática de la unidad y pluralidad desde el ámbito ontológico al del tipo[50], el cual opera como un molde que recorta un determinado sector de actividad humana y permite aislarla como "unidad de hecho", empleándose esta última expresión en lugar de la de "unidad de acción", porque el primero permite una mayor vinculación con la unidad típica teniendo en cuenta que el tipo describe en ocasiones varias acciones, y lo que importa es la unidad de hecho[51].

De este modo, el hecho (o hecho típico) sería aquello que tiene que suceder en la realidad para que resulte de aplicación un tipo delictivo, y la descripción típica lo que hace es identificar e individualizar la conducta humana ya existente en el plano de la

[47] La STS 12-12-1977, partiendo de la unidad natural de acción determinada por la voluntad dirigida a un fin inmediato, declara que la misma debe reconducirse a una unidad jurídica o normativa, al quedar recortada por un tipo penal.

[48] WELZEL, Derecho Penal Alemán (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile 1969, pp. 265-266.

[49] WELZEL, Derecho Penal Alemán, 1969, p. 267; CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, Parte General III, Madrid 2001, pp. 289-290.

[50] JESCHECK/WEIGEND, 2002, Tratado, p. 766.

[51] PUIG PEÑA, Derecho Penal, Parte General, Madrid 1985; JOSHIJUBERT, Unidad de hecho yconcurso medial de delito,ADPCP 1992, p. 618.

realidad[52]. Sobre la base del hecho típico surge la aplicación de la ley penal, por lo que sólo una pluralidad de hechos típicos correspondientes a tipos penales diversos, o el mismo realizado varias veces, pueden dar lugar a una pluralidad de delitos[53].

Llegados a este punto, las opiniones se dividen a la hora de establecer si el "hecho" abarca únicamente la conducta o, además, el resultado producido. Así, por un sector se considera que si bien en los delitos de resultado el tipo alude al resultado lesivo, sin embargo el objeto de aquéllos es la conducta que, "ex ante", se muestra idónea para la producción de aquél, de modo que el "hecho" vendrá determinado exclusivamente por la conducta[54], por lo que si a partir de una única conducta disvaliosa se produjeran varios resultados (a consecuencia de una conducción negligente se atropella a varias personas causándoles la muerte o una bomba mata a varias personas), estaremos en presencia de un solo hecho y los diversos resultados en relación de concurso ideal[55] . Lo expuesto rige tanto para las acciones dolosas como para las imprudentes[56], y con independencia de que los bienes jurídicos afectados tengan o no carácter personalísimo, pues todos ellos afectan (en mayor o menor medida) a las posibilidades de desarrollo personal[57].

Quienes suscriben este planteamiento parten de una consideración personal del ilícito penal, según el cual el mensaje normativo se dirige a la acción y, por tanto, sólo las acciones estarán en condiciones de infringir la norma, por lo que la unidad o pluralidad de hechos (tanto en el delito doloso como en el imprudente) no puede hacerse

---

[52] CARRANZA TAGLE, Introducción al concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidaddelictiva, Buenos Aires 2011, p. 190.

[53] CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal II (2), 2009, p. 645.

[54] Esta tesis tiene sustento en el parágrafo 52 del StGB, en el que se define el concurso a partir de una única acción (Handlung) que lesiona varios tipos penales, conforme a lo cual el número de resultados no afectaría a la unidad conductual. En cambio, en nuestro Código se alude al término "hecho".

[55] JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, pp. 775-776; CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 244-248; ÁLVAREZ POZO, El concurso ideal, 2007, p. 243.

[56] ÁLVAREZ POZO, El concurso ideal, 2007, p. 233. JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, pp. 768-769, afirma que en los delitos imprudentes con varios resultados lesivos, habrá unidad de acción y, por tanto, concurso ideal, si el autor no ha estado en condiciones de cumplir con el mandato de cuidado entre el advenimiento de las diversas consecuencias lesivas, por ejemplo, cuando por ir a excesiva velocidad el vehículo patina arrollando a varias personas, pero no si provoca varios accidentes en un largo intervalo de tiempo. La STS 8-11-1978, en el caso de quien por conducir con intensa embriaguez atropella a tres personas en momentos y lugares diversos pero en un corto intervalo temporal, aprecia único delito: "Tres actividades en las que solamente tiene operatividad penal la concausa genérica del estado de embriaguez, con tal intensidad por la cantidad de alcohol ingerida, que priva a estas tres actividades, en el presente caso, de relevancia delictiva independiente".

[57] JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, p. 767; CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 252-253. En contra, JOSHIJUBERT, ADPCP 1992, pp. 630-631, distingue entre bienes jurídicos que afectan al sujeto en su participación en la vida social, y aquéllos que son externos a la persona y tendrían una dimensión estrictamente cualitativa, de modo que la lesión de varios de éstos es compatible con la unidad de hecho, a diferencia de los primeros en los que su múltiple lesión dará lugar a múltiples hechos.

depender de que sean uno o varios los resultados lesivos acaecidos, lo que se corroboraría por la circunstancia de que la norma tiene que dirigirse, necesariamente, a una conducta, pero no a los resultados cuya producción es contingente e, incluso, no requerida por algunos tipos penales como los de mera actividad o peligro abstracto[58].

Se aduce, asimismo, que el término "hecho" debe identificarse con acción, pues tanto la expresión "acción de matar" como la de "hecho de matar" aluden a la existencia de una secuencia de la actividad humana causante de algún resultado de muerte, y en ambos casos se puede referir tanto a uno como a varios resultados, por lo que en el caso de quien coloca una bomba provocando la muerte de varias personas, lo mismo da decir "la acción de X de matar a varias personas" que "el hecho realizado por X de matar a varias personas"[59].

Frente a lo anterior, otro sector doctrinal estima que el término "hecho" no puede ser identificado solamente con la conducta sino, además, con el resultado. Se aduce, al respecto, que el objeto de la teoría del concurso no es otro que determinar cuántos tipos penales deben ser aplicados y, por tanto, se refiere a hechos ya pasados, de manera que en este ámbito la perspectiva "ex ante" no sería la adecuada sino, más bien, la "ex post", por lo que el "hecho" se identifica más con algo que ya ha pasado que con lo que se está realizando[60].

De acuerdo con este planteamiento, cuando el sujeto proyecta su conducta hacia la causación de varios resultados típicos que, en efecto, se producen, existen tantas unidades de hecho como resultados lesivos[61], sin que a tal efecto tenga repercusión alguna que el sujeto actúe con dolo directo o eventual con respecto a tales resultados, en tanto que el hecho no se identifica con el propósito[62].

Según los partidarios de tal orientación, nuestro derecho positivo vendría a corroborar su corrección, por la circunstancia de que el precepto regulador del concurso ideal se refiere exclusivamente a los supuestos en los que los delitos concurrentes revistan distinta gravedad (pena correspondiente a la infracción más grave), lo que podría interpretarse en el sentido de que el legislador no quiso cobijar bajo dicha modalidad el concurso ideal "homogéneo", que supone igual gravedad de los delitos

[58] STS 23-4-1992.
[59] CID MOLINÉ, ADPCP 1994, p. 50.
[60] JOSHI JUBERT, ADPCP 1992, p. 618.
[61] MIR PUIG, Derecho Penal, 1985, pp. 592-593.
[62] ROIG TORRES, El concurso ideal, 2012, pp. 197 y 215.

concurrentes[63]. Es por ello, que en el supuesto en que se dispara a varias personas, aunque se haya ejecutado en un corto intervalo temporal, no se puede hablar de un solo hecho sino de tantos como resultados lesivos se produzcan[64].

Tampoco los criterios normativos que se acaban de exponer resuelven satisfactoriamente el problema que nos ocupa. Todos ellos parten de una premisa difícilmente discutible, como es que la determinación de la unidad y pluralidad debe efectuarse trasladando lo acaecido en el plano de la realidad a los moldes de los tipos, superando así la falla fundamental de la teoría de la unidad natural, que pretende alcanzar la solución sin salir del terreno de lo fáctico. Sin embargo, las diversas posiciones que se mantienen en el seno de la solución normativa no me parecen adecuadas.

Como ya se vio, un sector doctrinal estima que para verificar si existe unidad o pluralidad es preciso atender, en exclusiva, a la acción en sí misma prescindiendo de los resultados causados, y ello porque la norma (entendida como norma de determinación) sólo puede dirigirse eficazmente a la conducta y no, en cambio, al resultado, cuya producción queda en bastante medida sujeta al azar. Esta afirmación, que considero correcta cuando de delitos imprudentes se trata, no es extrapolable a los dolosos en cuanto que en ellos el resultado era pretendido, desde un principio, por la actuación del agente, de manera que aun cuando a pesar de ello su acaecimiento pueda no tener lugar (tentativa), juega un rol fundamentador del injusto. Al respecto, se ha puesto de relieve que el que la norma no prohíba resultados sino únicamente conductas, es compatible con el reconocimiento de que tales conductas se sancionan precisamente por su idoneidad para producir resultados, de modo que en los delitos dolosos el desvalor del resultado aparece, junto al desvalor de acción, como co-fundamentador del injusto[65], y por consiguiente, no se pueden admitir las conclusiones a las que llegan los partidarios de la teoría expuesta, de que en caso de que través de una sola conducta (explosionar un artefacto) se causen varios resultados lesivos, deba apreciarse un único hecho y sancionar los homicidios por las reglas del concurso ideal.

[63] MIR PUIG, Derecho Penal, 1985, pp. 598-599. De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal, ADPCP 1979, p. 66, nota 63.

[64] ROIG TORRES, El concurso ideal, 2012, pp. 90-91.

[65] HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuricidad,Tecnos, 1984, pp. 69-70.

Pero tampoco resultan convincentes los argumentos opuestos por quienes estiman que, en el término "hecho", deba incluirse el resultado, tomando como base de tal razonamiento el que deba partirse de una perspectiva "ex post" en la que, por tanto, la consecuencia lesiva tenga que ser determinante en orden a la apreciación de una u otra clase de concurso. Si, según se ha dejado ya sentado, la norma penal debe ser entendida como norma de determinación encaminada a motivar al sujeto para que no realice conductas que resulten idóneas para lesionar determinados bienes jurídicos, sólo la dimensión "ex ante" puede configurarse como criterio decisivo para determinar si los múltiples resultados deben imputarse en régimen de concurso real o ideal.

Por otra parte, es inconsistente la alusión a la dicción del art. 77 CP referente a las reglas penológicas del concurso ideal (infracción más grave en su mitad superior), para deducir que el concurso ideal homogéneo queda fuera de tal previsión, pues el que el legislador haya hecho referencia exclusivamente a los supuestos de concurso entre infracciones heterogéneas, no significa que haya excluido aquéllos en los que los delitos concurrentes tengan señalada la misma pena. En este sentido, es altamente destacable que los partidarios de la orientación que nos ocupa admitan, sin reparos, el concurso ideal en los supuestos de resultados lesivos múltiples derivados de una conducta imprudente, y en cambio, cuando la misma es dolosa se inclinen por el concurso real.

IV. TOMA DE POSICIÓN

1. Concepto de acción

Tal y como antes ha quedado expuesto, la pretensión de resolver la problemática concursal a partir de criterios prejurídicos y, más concretamente, por el de la unidad natural, no ha tenido éxito debido a la falta de referencias sólidas y homogéneas, excesivamente vinculadas con el plano ontológico. Sin embargo, creo que es posible encontrar una solución sin abandonar el plano fáctico del actuar humano, y a tal efecto sólo la teoría de la acción final está en condiciones de resolver satisfactoriamente la problemática.

El concepto causal de acción, basado en la mera voluntariedad y desprovista de todo matiz subjetivo, que queda reservado para la culpabilidad, se muestra por completo

incapaz de explicar el fenómeno concursal, siendo el criterio de la unidad natural (defendido en gran medida por autores causalistas) una buena prueba de ello[66].

Conforme a los postulados del finalismo, la acción que interesa al Derecho Penal es la que se dirige intencionalmente a la producción de un estado jurídicamente desaprobado, y así, parafraseando al padre de la doctrina finalista "del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquéllas en las cuales la libertad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o proceso (resultado) socialmente indeseado (…) estos modos de acción, valorados jurídicamente en forma negativa, constituyen el marco principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión"[67]. Por tanto, desde el esquema finalista la acción opera como un filtro de las conductas penalmente relevantes, de manera que al Derecho Penal sólo interesarán aquellas conductas que, ya en el plano ontológico y prescindiendo de valoraciones jurídicas, se dirigen de forma consciente a la producción de un determinado resultado, quedando excluidas aquéllas que, aun moviéndose a impulsos de la voluntad humana, no tenían una meta penalmente relevante. La característica determinante de que una conducta sea final a tales efectos es su intencionalidad, entendida como contenido de la voluntad, por lo que el legislador prohíbe a través de las normas penales acciones finales "en consideración precisamente al sentido que les otorga la finalidad"[68].

Partiendo del citado planteamiento, parece evidente que en los delitos dolosos puede establecerse una vinculación directa en el plano ontológico entre la acción y el resultado, pues aquélla se realiza precisamente con la finalidad de que éste tenga lugar, de modo que si el sujeto pretendía a través de su actuación la lesión de varias personas, todos los resultados lesivos se podrán anudar a su voluntad tanto si para ello realizó una única conducta (detonando un explosivo) como si ejecutó varias (efectuando múltiples disparos)[69]. En tales casos, habrá tantos hechos como resultados lesivos siendo de aplicación las reglas del concurso real.

---

[66] Esto explica que, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1987, p. 574, afirmen que la unidad o pluralidad no pueda resolverse a partir del concepto de acción.

[67] WELZEL, Derecho Penal Alemán, 1969, p. 44.

[68] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulaciónlegal), Madrid 1991, p. 36.

[69] CÓRDOBA RODA, El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español, ADPCP 1965, p. 28; STS 24-11-1999: "Cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción. Quien persigue una pluralidad de

Si, en cambio, todos los resultados causados (o parte de ellos) no estaban abarcados por la finalidad del sujeto aunque pudieron ser previstos, entonces no es posible establecer en el plano óntico una vinculación entre acción y resultados puesto que éstos son consecuencias no queridas por el autor (y a veces, ni siquiera previstas)[70]. En el caso de la imprudencia, la finalidad del sujeto no se proyecta sobre el resultado lesivo sino sobre un conjunto de factores objetivos que el legislador desvalora en atención a su potencialidad lesiva[71]. En tales casos, no se prohíbe la muerte de una persona sino las circunstancias fácticas que pueden provocarla (adelantamiento en curva cerrada, limpieza de un arma sin quitarle el seguro), por lo que la vinculación final sólo puede establecerse respecto de ellas, de manera que mientras las normas del delito doloso prohíben la realización de acciones dirigidas hacia la producción de un resultado lesivo, las del delito culposo proscriben acciones que, intencionalmente, provoquen una situación de peligro[72].

La razón de ello reside, en que la conminación penal únicamente tiene sentido dirigirla al sujeto cuando se pueda motivar en ella, pues sería inútil prohibir la causación de resultados lesivos que se producen de forma casual e involuntaria, por lo que si en los delitos dolosos la norma puede prohibir la causación directa de resultados en cuanto que éstos se encuentran abarcados por la finalidad, en los imprudentes la norma tiene que detenerse antes de que se produzca el resultado lesivo, en una fase que pueda ser abarcada por la voluntad del agente, ya que "la única instancia motivable por la norma (en su cometido de evitar lesiones de bienes jurídicos) es la voluntad humana, en tanto que guía de la conducta, por su posibilidad de dirigirse a fines alternativos"[73]. La consecuencia más importante que de ello se deriva, es que en el delito imprudente "el resultado legalmente descrito se encuentra, respecto a la fundamentación del injusto, a

---

resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados".

[70] CEREZO MIR, Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid 1982, p. 20.

[71] STRUENSEE, El tipo subjetivo del delito imprudente (traducido por Joaquín Cuello Contreras), ADPCP 1987, p. 435.

[72] CUELLO CONTRERAS, Culpabilidad e imprudencia,Madrid, 1990, p. 165, al distinguir entre la tipicidad del delito doloso e imprudente, señala que en la primera la prohibición recae sobre "un comportamiento que lesiona voluntariamente un bien jurídico materializado en el resultado típico que se ha querido producir", y la del imprudente en "la voluntaria producción de un resultado que implica un peligro de lesión de bienes jurídicos en atención a lo cual es prohibido por el Derecho".

[73] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría, 1991, p. 170; SANCINETTI, ¿Fundamentaciónobjetiva del ilícito en Jakobs*?*, Bonn 1993, p.20: "Al autor le es imputable una decisión de voluntad que implica una cierta probabilidad de resultado. Si más que esto no puede *decidir*, entonces, lo que exceda de aquí ya no podría corresponderse con una <<función de su libertad>>".

mayor distancia que en el delito doloso, puesto que entre él (resultado típico) y el disvalor de acción se encuentra el otro disvalor de hecho buscado"[74].

En consecuencia, en los delitos imprudentes el "hecho" se identifica con la situación de riesgo consciente e intencionalmente creada por el sujeto, por lo que los múltiples resultados derivados de una única conducta (exceso de velocidad que provoca el atropello de varias personas) no pueden ser atribuidos al autor de forma también múltiple, encontrándose todos ellos en régimen de concurso ideal[75].

2. La antijuricidad

Para verificar la corrección de las precedentes conclusiones, asentadas sobre un concepto puramente ontológico (acción final), es preciso someterlas a un criterio valorativo. En efecto, al fin y al cabo la consecuencia práctica de aplicar una u otra clase de concurso es la mayor o menor pena a imponer, es decir, el merecimiento de pena, y esto es algo que depende de la antijuricidad, por lo que para poder afirmar que la causación de varias muertes por una sola explosión debe ser sancionada por las reglas del concurso real, es necesario comprobar que tal situación merece un juicio de antijuricidad de suficiente entidad como para que sea acreedor de la pena resultante de dicha modalidad concursal. Dicho con otras palabras, se trata de responder a la cuestión de si es tan antijurídico matar a diez personas a través de una única conducta (accionar un explosivo) que mediante varias (efectuar múltiples disparos); violar a la víctima mediante una sola penetración o varias, falsificar uno o tres documentos, cometer un robo intimidando a una persona o a varias y, dentro de este supuesto, si es lo mismo asaltar un autobús ocupado por diez personas y exhibiendo un arma obligar a que arrojen todo el dinero que tengan, o exigirlo a cada una de forma individualizada; golpear a un solo agente de la autoridad o a dos. Cuando un delito se comete como medio para perpetrar otro, es necesario verificar si el contenido de antijuricidad es mayor (entonces concurso real) o menor (concurso ideal).

A tal efecto sólo el concepto de antijuricidad material, entendido como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, está en condiciones de ofrecer una solución satisfactoria, pues sólo a través del mismo se puede proceder a una graduación

[74] STRUENSEE, ADCPC 1987, p. 435.
[75] CÓRDOBA RODA, ADPCP 1965, pp. 29-30.

del injusto (no es lo mismo el hurto de 10 que el de 10.000) lo que, finalmente, tendrá repercusión en la medida de la pena[76].

La norma primaria, como norma determinadora de conducta, sólo puede dirigirse contra actuaciones que, desde una perspectiva ex ante, son idóneas para producir un resultado de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, por lo que el juicio de antinormatividad recae sobre una conducta peligrosa que el sujeto está en condiciones de evitar y de saber que está prohibida, por lo que tiene un doble componente objetivo-subjetivo. En cambio, la antijuricidad objetiva se refiere a lo que la norma quiere evitar, esto es, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico[77], pero también el juicio de antijuricidad requiere una valoración objetivo-subjetiva, pues desde el punto de vista social son apreciados como hechos muy distintos los homicidios dolosos y los imprudentes y, por tanto, la valoración de un hecho como más o menos indeseable dependerá de si se realiza de forma intencional o se ejecuta por imprudencia, motivo por el cual el Derecho Penal asigna una mayor pena a los hechos dolosos que a los imprudentes, además de que la lesión dolosa evidencia una actuación opuesta al bien jurídico con un significado social radicalmente distinto a la correspondiente al hecho imprudente[78].

Según lo expuesto, si los hechos dolosos presentan un contenido de antijuricidad mayor que los imprudentes (y por ello, están sancionados con penas más elevadas), parece evidente que una conducta dolosa con resultado múltiple es también más antijurídica que una que haya producido un único resultado lesivo[79]. Llegados a este

[76] ROXIN, Derecho Penal, Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal), Madrid 1997, p. 559.

[77] MIR PUIG, Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal, ADPCP 1994, pp. 8-9.

[78] MIR PUIG, ADPCP 1994, pp. 13-16.

[79] STS 4-11-1979: "La pluralidad de sujetos pasivos, de acuerdo con la doctrina reiteradísima de esta Sala, impide la apreciación de la teoría unitaria de la acción con diversos resultados y la del delito continuado o agrupación de acciones homogéneas bajo una unidad de resolución o de designio, ya que la norma socio-cultural de la antijuricidad, en el momento actual, aunque haya unidad de homogeneidad en las acciones y sus resultados, en aquellos casos en que la actividad lesiva o perturbadora del bien jurídico protegido afecte directamente a diferentes personas o sujetos pasivos, reclama que se aprecien tantos delitos como sean los sujetos afectados por tratarse de bienes inherentes de forma intrínseca a la personalidad humana". La reciente STS 29-1-2015, declaraba que la solución ofrecida por el art. 77 CP para el concurso ideal "no acierta a explicar el porqué de un tratamiento punitivo beneficioso hasta el punto de no prever pena para los plurales resultados, pues el concurso ideal sólo prevé la pena correspondiente al delito en su mitad superior, como si concurriera una circunstancia de agravación, dejando, sin consecuencia jurídica, los plurales resultados y éstos siempre han sido tenidos en cuenta por el legislador para conformar la penalidad. La necesaria proporcionalidad no se respeta imponiendo la pena prevista por un solo hecho. Y, realmente, no es lo mismo realizar una acción dirigida a la causación de uno o varios resultados típicos. Esta actuación con conocimiento, o previsión, de la causación de varios

punto y en relación a los hechos dolosos, el grado de antijuricidad que supone la causación de diez muertes en un contexto espacio-temporal unitario no puede variar por la circunstancia (en ocasiones coyuntural) de que todas las víctimas hayan fallecido al explosionar el artefacto accionado por el autor o de que, distintamente, haya realizado múltiples disparos a todas ellas, del mismo modo que tan antijurídico es provocar la muerte por envenenamiento de tres personas vertiendo la sustancia tóxica en la olla de la que se van a servir, que poniéndolo en el plato ya servido de cada una de ellas.

A partir de este razonamiento, se puede extraer la conclusión de que no hay razones materiales para castigar con pena distinta la muerte dolosa de varias personas en función de que el resultado múltiple sea la consecuencia de una única acción (explosionar una bomba) o varias (disparos múltiples), como tampoco ello debe depender de que el sujeto haya actuado con respecto a los resultados con dolo directo o eventual, pues en ambos casos su acción se habrá realizado con conocimiento de que la probabilidad de que aquéllos se produzcan sea más o menos elevada[80].

En cambio, no sucede lo mismo cuando la conducta generadora del resultado lesivo múltiple se ha realizado de forma imprudente, pues en tal caso y como ya se indicó, no se puede establecer una vinculación directa entre acción y resultado en tanto que aquélla no iba intencionalmente dirigida a la producción de éste, el cual, por consiguiente, queda fuera de la finalidad, por lo que en tales casos el objeto de la acción se dirige hacia la provocación de una situación de riesgo desvalorada por el legislador en atención a su potencialidad lesiva, y de ahí que el grado de antijuricidad en los delitos imprudentes no dependa del número de resultados producidos sino, en exclusiva, de la situación de riesgo creada, por lo que a tales efectos se deben valorar del mismo modo los casos en los que el resultado ha sido único que aquéllos en los que fue múltiple, sin perjuicio de aplicar mayor o menor pena dentro del marco establecido en el tipo penal.

Lo anteriormente razonado corrobora que el fenómeno concursal debe abordarse, ante todo, desde una perspectiva ontológica, es decir, a partir de lo realmente acaecido en el plano del ser, para seguidamente dotarlo de significación jurídica. Así lo confirma

---

resultados típicos merece una distinta consecuencia jurídica superior a la correspondiente a un único resultado".

[80] STS 29-1-2015: "Ya nos hemos referido en esta Sentencia a las modalidades de dolo y su diferencia. Como tales modalidades no varían la calificación de dolosa del tipo subjetivo y no alteran la consideración de dolosa de la conducta".

el tenor literal del art. 77 CP, cuando al establecer las reglas del concurso ideal exige que un solo "hecho" (nivel ontológico) constituya dos o más "infracciones" (nivel axiológico), y ello porque la función delimitadora del tipo opera sobre realidades empíricas, siendo preciso distinguir entre hecho (como realidad empírica) y delito (como entidad jurídica), de modo que el sustrato empírico en que consiste el hecho es directamente aprehensible por los sentidos y no pierde tal carácter fáctico por la circunstancia de que, además, se encuentre descrito en un tipo penal, pues los tipos penales se dirigen a acotar las realidades fácticas que interesan al Derecho Penal. En cambio, el concepto de bien jurídico sólo es relevante cuando se le vincula con el delito (como realidad jurídica), porque delito es la lesión de un bien jurídico.

Estas precisiones son necesarias para apuntalar las conclusiones antes expuestas, derivadas de la teoría de la acción final, pues de otro modo podrían surgir equívocos. En efecto, partiendo de una interpretación rigurosa del planteamiento desarrollado antes, en el caso de quien irrumpe en una entidad bancaria con una escopeta recortada y, amenazando a las diez personas que en esos momentos había, se apodera de una cantidad de dinero y de las pertenencias de las víctimas, parece que habría que considerar cometidos diez delitos de robo con intimidación en régimen de concurso real, pues fueron diez personas a las que conscientemente intimidó el autor quien, por tanto, habría realizado diez acciones finales de intimidación.

Este razonamiento, sin embargo, incurriría en el error de mezclar los planos ontológico y axiológico. A diferencia de la vida, que posee un sustrato material, la libertad en su vertiente de toma de decisiones (que es la que se pretende lesionar con las amenazas) carece del mismo, por lo que en el nivel del ser no es posible verificar su efectiva lesión, y de ahí que el delito de amenazas no precise para su consumación que la víctima resulte efectivamente intimidada. Por ello, la circunstancia de que el sujeto activo sepa que su actuación intimidante se proyecta sobre varias personas no multiplica el "hecho", que sigue siendo único[81], por lo que la pluralidad sólo aparece en el plano

[81] La jurisprudencia ha llegado a calificar como delito único las amenazas simultáneas a varias personas. En este sentido, SSTS 12-2-2014, 6-10-2000, 28-4-2000, 17-6-1998, 12-3-1993. En cambio, la STS 30-12-2010 declara que deben calificarse como delitos independientes. Correctamente, la STS 9-12-2009 aprecia concurso ideal en caso de amenazas contra varias personas.

axiológico (diez delitos de robo con intimidación por ser diez las personas amenazadas) y, en consecuencia, concurso ideal[82].

Del mismo modo, quien acomete al mismo tiempo a tres agentes de la autoridad realiza un único delito de atentado, pues el bien jurídico protegido (el orden público) no tiene un sustrato material, y resulta lesionado en la misma medida cualesquiera que sean los agentes frente a los que dirija su conducta. En cambio, las lesiones que sufran éstos como consecuencia del acometimiento, sí serán sancionables en régimen de concurso real.

En el caso de la falsedad, aunque cuenta con un sustrato material en cuanto que implica manipulación de un documento, el bien jurídico protegido (la seguridad del tráfico jurídico) es de carácter colectivo y, por tanto, espiritual. Por consiguiente, si los documentos falsificados han sido varios pero la conducta ha tenido lugar en un mismo contexto espacio-temporal y todos ellos están vinculados con la misma operación, el delito es único. Si el notario falsifica la escritura de A y B en el mismo acto, habrá delito único si ambos documentos estaban encaminados a lograr un propósito también único.

En los supuestos de detención ilegal, la libertad ambulatoria sí tiene un sustrato material, pues en el plano del ser es empíricamente constatable verificar si una persona está encerrada o detenida, por lo que quien a través de una única conducta –cerrar una puerta- deja dentro a tres personas, comete tres delitos de detención ilegal en régimen de concurso real, siempre que sea consciente de que son tres las personas encerradas[83].

---

[82] STS 15-9-1989: "Tratándose de una hipótesis de robo con intimidación en las personas y uso de armas, si la dinámica es única, pero encaminada a amedrentar a dos o más personas, así como a la consecución de distintos objetos materiales, la infracción es también única, sin que sea posible descomponer, el tracto comisivo, en tantos hechos punibles como personas hayan sido las depredadas, o tantas cuantas hubiesen sido las cosas objeto de sustracción, sin que, para llegar a esa conclusión sea preciso utilizar el principio de absorción –ubmaior, minorcassete- ni la figura del concurso continuado consagrada en el art. 69 bis CP, tratándose exclusivamente de una sola acción que afecta a varios sujetos pasivos y que se proyecta o gravita sobre diversos bienes muebles, debiéndose refundir o aglutinar, toda la dinámica comisiva, constituyendo una sola y misma infracción punible" . En el mismo sentido, SSTS 15-10-2014; 5-11-1990; 4-7-1988; 31-5-1988.

[83] SSTS 27-11-2009, 29-5-2003, 6-11-2002: "La libertad y seguridad de las personas son bienes jurídicos individuales y por ende cada ataque a ese fundamental derecho, dará lugar a la aparición de un delito independiente y distinto según sean las personas atacadas". En cierta medida, este planteamiento presenta semejanza con el de JOSHIJUBERT, ADPCP 1992, pp. 630-631, en el sentido de que a efectos concursales deben distinguirse los bienes jurídicos que, como la vida, determinan que el sujeto pueda participar en la vida social, de aquellos otros que, como la propiedad, únicamente afectan a la forma en que el sujeto puede desenvolverse en el ámbito social, pero no a él en sí mismo, de manera que sólo cuando el único ataque se dirija hacia los primeros y resulten todos lesionados, deberá apreciarse varios delitos en concurso real. En cambio, rechazan que el carácter del bien jurídico pueda tener relevancia en

V. SUPUESTOS DIVERSOS

1. Delito único

Sobre la base de las precedentes conclusiones, estamos ya en condiciones de abordar las soluciones que merecen las diversas formas en que puede presentarse el devenir delictivo, y comenzamos con aquellos supuestos en los que concurriendo una única acción final que podría insertarse en varios tipos, sólo uno resulta de aplicación. Para ello, nos basamos en el "poder de focalización" del tipo con respecto al suceso externo puesto en marcha por la conducta, que será variable en función de las características que en la descripción típica se contengan para definir lo penalmente relevante, a cuyo efecto se distingue entre características "definitorias" y "concomitantes". Las primeras son aquéllas que, de estar presentes en el suceso humano, nos llevan a subsumirlo sin más en el tipo penal como sucede, por ejemplo, con el homicidio, en el que la característica definitoria de la expresión "matar" es privar de la vida a otro. En cambio, las concomitantes son aquellas que no se toman en consideración para la subsunción del sustrato fáctico en un determinado tipo penal; en el ejemplo antes citado, respecto del verbo matar es concomitante el medio empleado para causar la muerte o los daños producidos en la vestimenta de la víctima, ya que ninguna de tales circunstancias es relevante para denominar ese obrar como homicida. Las características concomitantes se subdividen, al mismo tiempo, en universales, habituales o eventuales según que concurran, respectivamente, siempre, normalmente o sólo de forma esporádica cuando se realiza el suceso descrito en la conducta típica[84].

Pues bien, los tipos penales cuando enfocan los sucesos que presentan sus características definitorias, focalizan asimismo sus características concomitantes, universales y habituales, por lo que en tales casos, de concurrir alguna o varias figuras típicas que igualmente focalicen sucesos que presenten tales características, nos encontraremos ante un concurso de leyes y, por tanto, deberá apreciarse único delito[85] .

Así, en el caso de quien finge ante otro ser policía para, en tal condición, cachearle y aprovechar para realizarle tocamientos en zonas íntimas, la acción final es única pero está enfocada tanto por el tipo de usurpación de funciones públicas (art. 402 CP) como por los abusos sexuales con prevalimiento (art. 181.3 CP), si bienderivando

el plano concursal, JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, p. 767, y CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 252-253, y SSTS 8-10-1991 y 8-2-1989.

[84] CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 218-219.

[85] CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 224-227.

tal posición de superioridad de la fingida condición de agente policial, engloba en su totalidad la parte del suceso enfocada por el primero, debiendo apreciarse por ello un concurso de leyes a favor del segundo[86].

En términos idénticos debe resolverse el supuesto de quien, tras atropellar imprudentemente a una niña, la traslada malherida a un cobertizo donde la dejó abandonada falleciendo días más tarde como consecuencia de la neumonía producida por las bajas temperaturas a las que estuvo expuesta y a la falta de asistencia, pues aun cuando la acción única (traslado al cobertizo con la intención de abandonarla a su suerte) es focalizado tanto por el delito de detención ilegal como por el de homicidio doloso, la detención fue una característica necesaria del homicidio en tanto que éste se cometió, precisamente, por abandono de la menor en condiciones incompatibles con la vida, existiendo una plena identificación entre detención y abandono, debiendo sancionarse exclusivamente por el homicidio[87].

Del mismo modo, la destrucción de un objeto que previamente ha sido sustraído, es enfocada tanto por el tipo de hurto como por el de daños, pero desde el momento en que la cosa dañada había quedado fuera del poder de disposición de su poseedor, el tipo citado en primer lugar engloba todo su desvalor sin que pueda apreciarse, además, delito de daños. Por su parte, la puesta en peligro concreto de otro es una característica concomitante de su posterior lesión o muerte, que por tanto, absorberá a aquélla[88]. La rotura de las gafas es también una característica concomitante de la lesión resultante del puñetazo dirigido a la víctima, o las lesiones leves en la zona genital de la víctima que se puedan causar en el transcurso de una violación.

---

[86] STS 6-11-2014: "El tipo de delito contra la libertad sexual considerado es de prevalimiento, que, en el caso, sólo ha podido constituirse tomando, para integrarlo en él, el segmento de la conducta de José Miguel que se considera y que consistió en fingirse policía (…) Una vez tomando esta parte de los hechos para integrar el tipo penal del art. 181.3 CP, no quedaría material fáctico para operar de forma independiente con el precepto del art. 402 CP. Porque, dentro del plan de acción de José Miguel, los actos que precedieron al desenlace final carecen de autonomía al margen de éste y sólo se entienden en la rígida vinculación con el que tuvieron en la realidad":

[87] STS 21-12-1977, la cual, en cambio, condena por ambos delitos argumentando que "en la conducta del agente deben distinguirse dos facetas perfectamente diferenciadas: una intensamente positiva, cual es el apoderamiento, la conducción al cobertizo y la retención en el mismo, por virtud de los cuales se recluyó a la víctima en donde no quería, privándole ilícitamente de su libertad ambulatoria, mediante la retención durante diez días en el encierro y otra muy distinta es la negativa de no prestarle los auxilios que precisaba, privarle de asistencia médica, no hacer lo que en tales casos, por deberes elementales de humanidad, convivencia y auxilio al prójimo se precisaban, que determinaron, con otras concausas, el fallecimiento. Mas cuando éste ocurrió el delito de detención ilegal estaba plenamente consumado".

[88] LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch,1995, p. 324.

2. Pluralidad de delitos

A diferencia de los supuestos que se acaban de examinar, los que ahora se abordan tienen en común el que la actuación del sujeto va a tener una consecuencia penal múltiple, si bien la pena será más o menos gravosa en función de la modalidad concursal que resulte de aplicación.

En este sentido, el criterio que nos permitirá deslindar el concurso ideal del real será, respectivamente, la unidad o pluralidad de hechos concurrentes, entendidos éstos como el sustrato material abarcado por la conducta final, según se ha explicado ya. De este modo y cuando el "hecho" sea único pero pueda ser subsumido en varios tipos penales, se tratará de un concurso ideal si los tipos concurrentes no alcanzan a enfocar las características que, sólo de forma eventual, pueden presentarse, pero sí compartan un sector de enfoque definitorio, y universal o habitual[89].

Así, en el caso que quien golpea a un agente de policía causándole lesiones, el hecho es único porque una sola es la acción final (dirigir el puño a la cara del agente), pero el mismo resulta abarcado tanto por el tipo de las lesiones como por el del atentado, focalizando ambos una característica definitoria (el acometimiento es necesario, tanto en las lesiones como en el atentado), pero sólo el de atentado enfoca una característica (condición de agente de la autoridad de la víctima) que, con carácter eventual, concurre en las lesiones. En el robo con violencia, cuando además se producen lesiones o muerte de la víctima, de nuevo estaremos en presencia de un concurso ideal, pues la violencia ejercida sobre la víctima (acción final única) es una característica necesaria en el robo y en las lesiones/muerte, y el resultado lesivo es una característica eventual en el tipo primeramente citado[90]. Y por las mismas razones, quien amenazando a la víctima con una navaja abusa sexualmente de ella para, seguidamente, sustraerle diversos objetos, comete delitos de agresión sexual y robo con intimidación en concurso ideal, pues ambos tipos concurrentes comparten una característica definitoria (la intimidación)[91]. En el caso de quien incendia la habitación en la que se encuentra la

[89] CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, p. 238.

[90] ÁLVAREZ POZO, El concurso ideal, 2007, p. 427, habla en tales supuestos de identidad parcial entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes.

[91] No lo consideró de esta forma la STS 22-5-2001 que, en una interpretación extrema del criterio de la unidad natural apreció en tal caso un concurso real porque "no existe una sola acción base o soporte de una pluralidad de resultados delictivos, sino dos acciones independientes cuya ejecución se apoya en hechos también distintos. No existe una única manifestación de voluntad externa por parte del acusado, sino una primera dirigida a vulnerar la libertad sexual de la víctima y otra posterior y sucesiva que ataca directamente al patrimonio, valores jurídicos distintos e independientes".

víctima y atranca la puerta para impedir que salga, lo que finalmente consigue al llegar la policía, poniendo en peligro la vida de los restantes vecinos del inmueble, debe ser sancionado por los delitos de tentativa de homicidio e incendio en régimen de concurso ideal, pues el hecho –provocación del fuego- es común a ambos tipos penales[92].

Distintamente, cuando sean varias las acciones finales y, por tanto, varios hechos focalizados por otros tantos tipos penales, deberá apreciarse concurso real o delito continuado. En el primer caso, esto sucederá cuando la conducta se dirige conscientemente a la lesión de objetos con un sustrato material (vida, integridad física, libertad sexual, libertad ambulatoria). El delito continuado no es más que una modalidad privilegiada del concurso real pues, siendo estructuralmente idéntico, recibe un tratamiento más benévolo en atención a que los diversos hechos se ejecutan en el marco de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

De esta forma, quien al mismo tiempo que insulta a otro golpea repetidamente la puerta de su domicilio destrozándola, comete delitos de injurias y daños en régimen de concurso real, pues aun cuando ambos tipos se realizan en el marco de un estrecho contexto espacio-temporal, ninguno de los dos citados tipos focaliza circunstancias necesarias comunes (los insultos no van acompañados, normalmente, de daños, ni éstos de insultos)[93]. La posesión no autorizada de un arma previamente sustraída, dará lugar a un concurso real entre los tipos de tenencia ilícita de armas y hurto, ya que ninguno de ellos comparte una característica esencial[94].

Una última posibilidad de concurso es el denominado "medial", es decir, cuando entre los dos tipos concurrentes existe una relación instrumental de manera que uno de ellos es medio para la realización del otro. En nuestro Código Penal esta modalidad viene regulada en el art. 77.1, junto al concurso ideal, y si bien desde el CP de 1848 tenía prevista las mismas reglas penológicas que para éste, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzotransforma sustancialmente esta previsión, pues los supuestos en los que uno de los delitos sea medio necesario para la comisión del otro quedan fuera de las reglas del concurso ideal, sancionándose en el apartado tercero con la pena superior (se

[92] En otro sentido, la STS 26-4-2013 apreció en tal caso concurso real.

[93] CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 240-241. En el caso de quien en el transcurso de una agresión insulta a la víctima, ÁLVAREZ POZO, El concurso ideal, 2007, p. 304, considera que los insultos quedan absorbidos por la somanta.

[94] LACKNER/KÜHL,Strafgesetzbuch, 1995, p. 324.

supone que en grado) a la prevista para el delito más grave[95]. Más adelante nos pronunciaremos sobre el acierto de tal modificación[96].

En lo que ahora interesa y de cara a definir los supuestos que nos ocupan, conforme al esquema defendido en este trabajodeben distinguirse los casos en que la acción final sea única (un solo hecho) y dos los tipos focalizados por ella (el delito medio y el delito fin), abarcando ambos características esenciales comunes, de aquellos otros en que son dos las acciones finales y diversos los tipos penales que las focalizan, sin que compartan ninguna característica definitoria.

En el primer caso, el delito anterior constituye un comienzo de ejecución del delito posterior[97], pues en la única acción final será común a los dos tipos concurrentes. En cambio, en el segundo el delito anterior es sólo un acto preparatorio del siguiente, entonces ya no hay una sola acción final sino dos y ninguno de ellos focalizará una característica común esencial, concurriendo un concurso real[98]. En el caso de quien golpea brutalmente a la víctima (que finalmente moriría) hasta dejarla inconsciente, y en este estado yace con ella,tanto el tipo del homicidio como el de violación focalizan una característica esencial (los fuertes golpes sobre la víctima) derivada de una misma acción final, constituyendo la actuación homicida un comienzo de ejecución de la

[95] Art. 77: "1.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2.- En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3.- En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieren sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior".

[96] SUÁREZ LÓPEZ, Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Morillas Cueva (Dir.)Madrid 2015, p. 212, subraya cómo los supuestos en los que un solo hecho constituya dos o más infracciones (concurso ideal) no son ontológicamente más graves y reprochables que la comisión de dos hechos delictivos en relación de medio a fin (concurso medial), si bien a renglón seguido, afirma que el concurso medial es equivalente al real.

[97] JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 2002, p. 776: "Tras la consumación del primer tipo delictivo pero *con anterioridad* a la terminación del mismo, tiene lugar la realización de otro tipo penal" (subrayados en el texto original).

[98] CARRANZA TAGLE, Introducción, 2011, pp. 260-262. De otra opinión, ÁLVAREZ POZO, Elconcurso ideal, 2007, pp. 320-323, mantiene que lo que define el concurso medial es la preordenación subjetiva y no la coincidencia parcial entre los actos de uno y otro, siendo la unidad de propósito la que justifica la pena más benévola que si se apreciaran en concurso real. PESSINA, Elementos, 1913, p. 538, afirma asimismo que en el concurso medial "hay dos delitos; pero que vienen a ser uno en la conciencia del agente por razón de aquel vínculo que enlaza al uno con el otro: el *nexus* entre el hecho punible que sirve de medio y el que constituye el fin del delincuente, unifica las dos delincuencias en un solo delito, que puede llamarse complejo".

posterior violación[99]. Del mismo modo sucede, cuando perpetrar una sustracción, se inmoviliza a la víctima en cuyo caso la conducta coactiva por la que se impide la libertad de movimientos constituye un comienzo de ejecución del robo violento[100] pero no, en cambio, cuando aprovechando el estado de privación de libertad de la víctima, se realiza contra ella otra conducta depredadora[101].

Distintamente, en el caso de quien obliga a una mujer a introducirse en un coche y la traslada a un lugar en el que, bajo amenazas, consigue que se prostituya, aunque el primer delito era, en el caso concreto, medio necesario para el segundo, no constituía un comienzo de ejecución puesto que la detención ilegal quedó consumada desde el momento en que la víctima fue compelida por la fuerza a permanecer en el coche, de manera que el delito de detención ilegal aparece como un acto preparatorio del posterior contra la libertad sexual, resultando así dos acciones finales plenamente diferenciadas (aunque ligadas entre sí). Ambos delitos se encuentran, en consecuencia, en concurso real[102]. Lo mismo sucede entre allanamiento de morada y homicidio, cuando se irrumpe en la vivienda para matar a quien habita en ella, pues el primero se realiza con la única finalidad de ejecutar el segundo, pero con la penetración en la vivienda todavía no se ha entrado en la fase ejecutiva del segundo delito, ni cuando se incendian varias habitaciones de un hotel para, aprovechando el desconcierto, cometer varias sustracciones[103], pues la acción de incendiar no es todavía un comienzo de ejecución del delito contra el patrimonio sino un mero acto preparatorio.

Si ahora nos fijamos en la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se puede llegar a la conclusión de que los supuestos en que el delito previo constituye un comienzo de ejecución del posterior, como concurso ideal que es deberá sancionarse conforme a las reglas previstas para tales supuestos en el

[99] No lo entendió así la STS 2-10-1975, sobre el razonamiento de que "fuera del homicidio sádico en que se mata para buscar la satisfacción sexual, los casos que normalmente presenta la praxis –tal el de autos- la violencia mortal no se muestra, ya a priori, como rigurosamente necesaria al fin y efecto de lograr el yacimiento, por más que el delito de violación exija una fuerza o intimidación proporcionada para lograr el coito no consentido".

[100] SSTS 8-7-2016, 30-12-2015.

[101] En este sentido, me parece correcta la STS 11-10-2016, que niega concurso medial entre detención ilegal y extorsión, en el supuesto en que tras retener a la víctima durante toda la noche, los autores le obligan a que llame a un banco en el que tenía cuenta abierta para realizar una transferencia a su favor. En tal caso, la detención ilegal no aparece como un comienzo de ejecución de la extorsión.

[102] En otro sentido, la STS 2-3-1998, desestimando el recurso del Ministerio Fiscal considera que hay concurso medial: "Cierto que, conceptualmente puede darse delito relativo a la prostitución sin detención ilegal, como sostiene el Ministerio Fiscal, pero en este supuesto y requiriéndose inexcusablemente la remotiolocis para producir el traslado al lugar donde va a ejecutarse la segunda infracción, la preordenación de medio a fin excusa mayor comento".

[103] Supuesto planteado en la STS 18-7-2000.

número segundo del art. 77. Distintamente, cuando el delito anterior sea un acto preparatorio del posterior y, por tanto, se encuentren en régimen de concurso real, se aplicarán las previsiones del apartado tercero, en el que se contempla una pena más grave que la del concurso ideal pero más benévola que la del concurso real, lo que es congruente con las conclusiones expuestas, por lo que la nueva regulación me parece acertada.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de las soluciones propuestas, fácilmente se comprueba que la problemática que nos ocupa dista de ser pacífica, lo que resulta especialmente inquietante al tener un efecto directo en la pena a imponer. Las variadas respuestas que tanto la doctrina como la jurisprudencia ofrecen a supuestos sustancialmente iguales, con la correspondiente repercusión en la pena, genera evidentes agravios comparativos que menoscaban la seguridad jurídica. Como resulta evidente, tampoco las soluciones que se ofrecen en este trabajo están exentas de objeciones.

A la vista de ello, no le falta razón a un sector doctrinal que propugna abolir las reglas concursales y resolver la cuestión sin salir del correspondiente marco penal, de manera que el órgano judicial quedaría vinculado en exclusiva por la realización típica y la pena para ella señalada, y no por la circunstancia de que hayan concurrido una o varias acciones, a cuyo efecto la norma deberá ser lo suficientemente flexible como para poder adaptarla a la gravedad de los hechos, previendo una pena única a modular en función de la culpabilidad[104].

Se razona, al respecto, que como a quien se enjuicia es a una sola persona con independencia de cuáles sean los hechos realizados y los tipos aplicables, deberá formarse una unidad superpuesta en la que se contemplen los particulares tipos delictivos y sus respectivos marcos penales, ya que éstos están establecidos como si cada uno de ellos existiera de forma aislada[105]. Precisamente lo que pretende el concurso es reducir a unidad la variedad, sin perjuicio de que para concretar el reproche penal unitario deba exigirse la acreditación en el proceso de todas las infracciones realizadas, siendo el delito continuado el ejemplo más palpable de que el problema concursalhade ser encuadrado entre la norma de determinación de la tipicidad y la

[104] CUELLO CONTRERAS,ADPCP 1979, pp. 63-64 y 75.
[105] CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal II (2), 2009, p. 644.

norma de determinación de la pena, para lo cual el legislador deberá ofrecer alternativas que le permitan elegir la más adecuada al caso[106].

En este sentido, se propone establecer una previsión normativa conforme a la cual al responsable de dos o más delitos se le aplique una pena única, cuyo límite máximo será la suma de las penas correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes en su techo máximo, sin que pueda sobrepasarse el límite máximo fijado para la clase de pena de mayor gravedad entre ellas, y como límite mínimo, la más grave de las penas en el mínimo de su mitad superior, de las fijadas en concreto para los delitos o faltas concurrentes, además de otras previsiones adicionales[107].

En definitiva, se trataría de tratar los supuestos que nos ocupan a través de una cláusula general al estilo del delito continuado, mediante las cuales el órgano de enjuiciamiento no quedaría sometido a las rígidas reglas concursales, imponiendo la pena que, dentro del marco penal previsto y las posibilidades de ascenso contenidas en la regla general, más se ajuste a la gravedad de los hechos.

* * * * * *

[106] CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal II (2), 2009, pp. 651 y 668.

[107] MORILLAS CUEVA, La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al ProfesorDoctor José Cerezo Mir), Madrid 2002, p. 481. En el mismo sentido, SUÁREZ LÓPEZ, Estudios, 2015, p. 213.

Prof. Daniel Eugenio Esquivel
Profesor de la Univ. de Morón, Argentina. Socio de la FICP.

~El sistema penal argentino~

Resumen.- El artículo versa sobre la discutida aplicación de la pena, y los eventuales beneficios que aluden a su efectivo cumplimiento.

Palabras clave.- Estado; pena: punibilidad; sistemas; prevención; retribución; sociedad; garantías; poder; saber; educación; abandono; amor.

I. INTRODUCCIÓN

1. Área de conocimiento

Está circunscripta a las siguientes ramas de la ciencia jurídica: (i) derecho penal; y (ii) derecho procesal penal.

2. Tema

Me refiero al análisis de los distintos institutos que han de integrar el estudio del sistema penal argentino; tales como la libertad condicional, la excarcelación y otros que se encuentran taxados en la ley de ejecución penal nacional. Dichos institutos, entiendo, no dejan de ser los principales a los fines que se pueda entender, de manera razonada la aplicación del derecho, y en el caso que nos ocupa, de la discutida aplicación de una pena, su aumento y los distintos beneficios que hacen al cumplimiento parcial de la sanción impuesta, para que la ciudadanía pueda comprender el contenido, argumento y fundamentación de las resoluciones judiciales, y más aún, del lugar institucional que ocupa el sistema penal argentino en su vinculación con otros sistemas.

3. Problema

El desarrollo será el siguiente:

Antecedente: el tema a desarrollar durante el transcurso del presente trabajo ha sido tratado en ámbitos jurídicos nacionales e internacionales. El destacado jurista y ex-miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, trata este tema en una de sus obras "Manual de derecho penal" (capítulo 1). Allí, sucintamente, alude a que no hay certeza sobre el objeto del poder punitivo. O sea, para un civilista la sanción civil sirve para reparar un daño, un menoscabo en el patrimonio de la víctima a raíz del hecho producido, pero con los penalistas no sucederá lo mismo. En otras palabras:

parece que los penalistas no saben para qué sirve el poder punitivo. El modelo de coerción punitiva no deja de ser un modelo vertical del Estado que suspende (o cuelga) el conflicto a través de la imposición de una pena. Nada hace por la víctima, por definición y esencia[1]. En palabras del referido jurista argentino, si alguien me rompe la nariz y el estado se digna tomar cuenta de mi denuncia, en el mejor de los casos, suponiendo que no surja ningún inconveniente y que los funcionarios pongan un mínimo de diligencia (lo que sucede en muy pocos casos), el sistema penal, después de un largo y complicado trámite, se limita a imponerle una pena al que me rompió la nariz, con el argumento de que debe resocializarlo, asustar a los que nunca rompieron narices para que no lo hagan o reafirmar la confianza pública en el propio Estado, o todo eso junto. Pero el sistema penal en modo alguno hace caso de mis protestas, si acudo ante el juez y le expreso que mi interés como víctima, es que me recompongan la nariz. El Estado aquí actúa como confiscador de las víctimas. Continúa diciendo el Dr. ZAFFARONI que el modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves, o sea, los homicidios. Se limita a aplicar pena, sin tener en cuenta si no es preferible que el homicida trabaje y pague a la familia de la víctima, que sufre una pérdida que le representa un descenso de su nivel de vida. En la violencia familiar es aún más ridículo: el agresor es privado de libertad y no puede trabajar, con lo cual las víctimas quedan sin alimentos. El modelo punitivo estadual, por lo general, impide resolver el conflicto[2]. De lo expresado por el notable jurista hay diversos modelos de solución de los conflictos. El modelo punitivo, que es el que aplica una sanción; modelo reparatorio o restitutivo, mediante el diálogo y pago del daño causado; modelo terapéutico, disponer el tratamiento profesional de agresor y modelo conciliatorio, en el que se busca una solución al conflicto mediante la mediación.

Por otra parte, la doctrina del más alto tribunal de la nación no deja de ser conciliadora del acatamiento de los tratados internacionales que la República Argentina ratificó en la última reforma constitucional de 1994[3]. En su artículo 75 inciso 22, nuestra Carta Magna, ha receptado -con jerarquía superior a las leyes internas de la nación, conforme artículo 31 de la Ley Fundamental-, distintos tratados. En ellos se vislumbra una forma ciertamente horizontal sentando pautas que se adecuen entre sí con el derecho interno.

---

[1] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; Derecho Penal. Parte General. 2010, pp. 5 ss.
[2] Ibídem.
[3] GELLI; Constitución de la Nación Argentina, tomo I, 2009, pp. 478 ss.

Planteo o formulación del problema en sí mismo: la cuestión medular del problema está basada en: **"el dilema de la sanción punitiva en el sistema penal argentino"**. Se estudiará la aplicación de una pena y, además, si la misma tiende al bien común.

Justificación del problema: resulta importante para la sociedad que al problema suscitado procuremos hallarle una solución. Fundamentalmente, para que se pueda entender acabadamente el verdadero sentido y eficacia de la aplicación de una pena, si es que lo pueda tener, y su trascendencia para quienes la tienen que cumplir. O sea, mediante ideas claras se deberá comprender el concepto de sistema. Ello, a la luz de los preceptos enarbolados por el sociólogo alemán NIKLAS LUHMANN, quien incorpora la "teoría de sistemas", a su teoría de un modo explícito, hasta el punto de que su obra ha sido calificada como "sociología sistémica"[4]. Una vez razonada y aprehendida la definición técnica de sistema, analizaremos dicho concepto del contexto penal. Es decir, se definirá cuál será su ámbito de aplicación, a quienes se dirigirá y que repercusión social debería tener el sistema penal argentino. Muchas veces el clamor popular no deja de invadir el campo de lo científico. Razón por la cual, quienes están inmersos en el sistema penal, serán los responsables de evitar que ideas no científicas desnaturalicen su verdadero concepto.

4. Objetivos

a) ***Generales:*** se analiza la eficacia de la pena y su repercusión social mediante alguno de sus indicadores: la percepción social, la distorsión de los medios, la credibilidad en la justicia, el aumento de la criminalidad o la relativa eficacia en las condenas. Ello, a los fines que procure ser de utilidad este trabajo no sólo para los operadores del derecho, sino, para la comunidad.

b) ***Específicos:*** se estudia la legislación comparada y su correlato con la doctrina correspondiente, plasmada en nuestra carta magna para determinar el efecto que en otros sistemas jurídicos y sociales tiene la aplicación de una pena privativa de libertad.

5. Saberes a integrar: a) lógica jurídica, y técnicas de interpretación, b) derecho constitucional y derecho de los tratados, c) derecho procesal penal; y d) derecho penal.

[4] LUHMANN; Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, 2004, pp. 41 ss.

6. Marco teórico

Dicha cuestión consta del desarrollo crítico de las diversas teorías relacionadas con el problema planteado, a saber:

a) Teoría de la retribución

Sus precursores más destacados fueron: el filósofo prusiano, IMMANUEL KANT y el filósofo alemán, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL.

Dicha teoría justifica la pena como el mal que se impone a quien cometió un mal: "ojo por ojo, diente por diente". Parte de la idea de dar a cada uno lo que se merece.

Dicho en otros términos, la pena es un castigo que se impone a quien ha cometido un delito, y con independencia de consideraciones relativas a la personalidad, peligrosidad o propensión a la resocialización de su autor, o de la repercusión social que la sanción pueda tener. En esta teoría el castigo constituye un modo de purgar el delito en el alma del autor.

b) Teoría de la prevención especial

Los principales seguidos de dicha teoría son: el filósofo austríaco, FRANZ RITTER VON LISZT y el jurista español, PEDRO GARCÍA DORADO MONTERO.

Convalidan la aplicación de la pena por su efecto sobre el autor del delito: la sanción penal evita delitos porque actúa sobre el delincuente, neutralizándolo (prevención especial negativa) o resocializándolo (prevención especial positiva). Tales conceptos no dejan de estar amparados por diversos tratados internacionales y textos constitucionales.

Por su parte, la prevención especial negativa, aboga por la neutralización de quien ha cometido un delito, sea mediante la pena de muerte o por su exclusión social (encarcelándolo).

Y la prevención especial positiva concibe la pena como un elemento resocializador para el causante.

c) Teoría de la prevención general

Quienes abrigan, con mayor influencia, la mentada teoría son: el filósofo alemán, LUDWIG ANDREAS FEUERBACH y el filósofo y jurista italiano, GIAN DOMENICO ROMAGNOSI.

Dicha teoría justifica la pena por el efecto que tiene en la comunidad como instrumento de propaganda, del castigo (prevención general negativa), o de la vigencia de la norma (prevención general positiva).

Respecto de la prevención general negativa, la misma tiene como fin que asuste a los miembros de la sociedad determinado encarcelamiento y, por ende, que los persuada de violar la ley.

La prevención general positiva no tiene otro destino que el de restablecer, con la aplicación de la pena a quien la transgredió, la vigencia de la norma infringida.

7. Hipótesis

Tal proposición en grado conceptual la establezco en los siguientes términos:

"La aplicación de una pena no soluciona la relación interpersonal ni social, fundamentalmente, en virtud de no velar por la asistencia o tratamiento del victimario ni brindarle solución a la víctima.".

8. Método y diseño

La metodología utilizada la baso en el método deductivo. El diseño está circunscripto en el explicativo. Para ello, empleo el análisis bibliográfico, análisis documental y análisis lógico.

II. DESARROLLO

Como cuestión preliminar deseo expresar que el presente trabajo tiene para mí una connotación muy especial.

En primer término, porque volqué en él ideas o principios que han guiado y guían mi vida en lo personal y laboral, cuestiones éstas que no pueden escindirse.

Y en segundo término, porque puede contribuir al entendimiento de una cuestión tan discutida como es la imposición de una pena, no sólo para los operadores del sistema judicial, sino para la ciudadanía que procura buscar en un poder, la solución a conflictos internos e interpersonales de cualquier humano.

Previo dar comienzo a su desarrollo, deseo agradecer profundamente a las excelsas autoridades de la "Fundación Internacional de Ciencias Penales", a la que tengo el honor de pertenecer, la infinita generosidad que han tenido en darme la oportunidad para publicar el presente trabajo, a los fines de sumar esfuerzo para tratar

de enaltecer en la aplicación del derecho -único lenguaje válido de convivencia universal-, a una de sus finalidades básicas, la virtud de ***justicia*** inherente a toda sociedad civilizada.

Quiera Dios que este humilde aporte logre el fin que procuraré alcanzar.

Ahora bien, a los efectos de trazar la metodología del trabajo a realizar he de dividir su tratamiento en capítulos, para que el análisis de cada uno de ellos nos conduzca hacia una idea final que pueda darnos la luz necesaria para arribar a una conclusión que además de satisfacernos internamente, contribuya al bien común.

1. Noción de sistema

La palabra "sistema" viene del griego "systema". O sea, unión de cosas en una manera organizada.

Según el diccionario de la real academia española, la palabra "sistema" significa, como primera acepción: conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; y como segunda acepción: conjunto de cosas que relacionadas entre sí, ordenadamente, contribuyen a determinado objeto.

El lingüista FERDINAND DE SAUSSURE, nacido en Ginebra, Suiza, el 26 de noviembre de 1857 y fallecido el 22 de febrero de 1913, definió al sistema como: "una totalidad organizada, hecha de elementos solidarios que no pueden ser definidos más que los unos con relación a los otros en función de su lugar en esa totalidad."

El "ieee standard dictionary of electrical and electronic terms" lo entiende como: "Un todo integrado, aunque compuesto de estructuras diversas, interactuantes y especializadas. Cualquier sistema tiene un número de objetivos, y los pasos asignados a cada uno de ellos pueden variar ampliamente de un sistema a otro. Un sistema ejecuta una función imposible de realizar por cualquiera de las partes individuales. La complejidad de la combinación está implícita".

De las definiciones dadas, se pueden extraer aspectos fundamentales del concepto sistema:

- la existencia de elementos diversos e interconectados;
- el carácter de unidad global del conjunto;
- la existencia de objetivos asociados al mismo; y

– la integración del conjunto en un entorno.

Un sistema, pues, es un conjunto o elementos organizados y relacionados que interactúan entre sí para lograr un objetivo.

Los sistemas reciben (entrada) datos, energía o materia del ambiente y proveen (salida) información, energía o materia.

Un sistema puede ser físico o concreto (una computadora, un televisor, un humano) o puede ser abstracto o conceptual (un software).

Cada sistema existe dentro de otro más amplio, por lo tanto un sistema puede estar formado por subsistemas y partes, y a la vez puede ser parte de un súper sistema. Los sistemas tienen límites o fronteras que los diferencian del ambiente. Ese límite puede ser físico (el gabinete de una computadora) o conceptual. Si hay algún intercambio entre el sistema y el ambiente a través de ese límite, el sistema es abierto, de lo contrario, el sistema es cerrado.

a) Tipos de sistemas

Pueden ser físicos o abstractos

1) sistemas físicos o concretos: compuestos por equipos, maquinaria, objetos y cosas reales. El hardware.

2) sistemas abstractos: compuestos por conceptos, planes, hipótesis e ideas. Muchas veces solo existen en el pensamiento de las personas. Es el software.

En cuanto a su naturaleza pueden ser:

1) Sistemas cerrados: no presentan intercambio con el medio ambiente que los rodea, son herméticos a cualquier influencia ambiental. No reciben ningún recurso externo y nada producen que sea enviado hacia fuera. En rigor, no existen sistemas cerrados. Se da el nombre de sistema cerrado a aquellos sistemas cuyo comportamiento es determinista y programado, y que opera con muy pequeño intercambio de energía y materia con el ambiente. Se aplica el término a los sistemas completamente estructurados, donde los elementos y relaciones se combinan de una manera peculiar y rígida produciendo una salida invariable, como las máquinas.

2) Sistemas abiertos: presentan intercambio con el ambiente, a través de entradas y salidas. Intercambian energía y materia con el ambiente. Son adaptativos para sobrevivir. Su estructura es óptima cuando el conjunto de elementos del sistema se organiza, aproximándose a una operación adaptativa.

3) Sistemas aislados: son aquellos sistemas en los que no se produce intercambio de materia ni energía.

b) Características de los sistemas

Sistema es un todo organizado y complejo. Es un conjunto de objetos unidos por alguna forma de interacción o interdependencia.

c) Propósito u objeto

Todo sistema tiene uno o algunos propósitos. Los elementos (u objetos), como también las relaciones, definen una distribución que trata siempre de alcanzar un objetivo.

d) Globalismo o totalidad

Un cambio en una de las unidades del sistema, con probabilidad producirá cambios en las otras. El efecto total se presenta como un ajuste a todo el sistema. Hay una relación de causa/efecto.

e) Entropía

Es la tendencia de los sistemas a desgastarse, a desintegrarse, para el relajamiento de los estándares y un aumento de la aleatoriedad. La entropía aumenta con el correr del tiempo. Si aumenta la información, disminuye la entropía, pues la información es la base de la configuración y del orden. De aquí nace la negentropía, o sea, la información como medio o instrumento de ordenación del sistema.

f) Homeostasia

Es el equilibrio dinámico entre las partes del sistema. Los sistemas tienen una tendencia a adaptarse con el fin de alcanzar un equilibrio interno frente a los cambios externos del entorno. Una organización podrá ser entendida como un sistema, o subsistema, o un supersistema, dependiendo del enfoque.

No podemos dejar de lado, que en la actualidad los sistemas le brindan a la sociedad un invalorable aporte, ya que a través de las computadoras podemos obtener información y comunicarnos por medio de programas que nos ofrece de manera más sencilla y con mucha más facilidad.

Si bien a la palabra sistema se la podría definir como al conjunto de principios que tienen como fin el estudio de determinado espectro social o astrológico; a comienzos del siglo XVII la idea de sistema fue traspasada de la astronomía y la enseñanza de la música, a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, vinculándola al problema de la certeza en la teología, empleándola, en un principio, como medio para el orden técnico de la enseñanza.

Dicha vinculación permitió identificar al sistema con un mero proyecto o hipótesis.

g) Evolución del concepto "sistema"

A comienzos del siglo XVII, la idea de sistema fue traspasada de la astronomía y la enseñanza de la música a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, vinculándola al problema de la certeza en la teología, empleándola, en un principio, como medio para el orden técnico de la enseñanza. Dicha vinculación permitió identificar al sistema como un mero proyecto o hipótesis.

En los inicios del siglo XIX, con la aparición de perspectivas evolucionistas en disciplinas como la biología, se apuntó más a las construcciones y se comenzó a hablar de organización, por lo que se da paso a un nuevo concepto de sistema, por el que el sistema jurídico, es concebido como sistema de la realidad social, como sistema parcial de la sociedad.

h) Sistema madre o referente

El sociólogo alemán NIKLAS LUHMANN (1927-1998) utiliza el concepto de sistema como medio para describir a la sociedad y elaborar su famosa teoría sobre la sociedad contemporánea, a través de los sistemas autorreferentes, diferente al concepto clásico de sistema que concibe al mismo, tal como fue adelantado precedentemente, como a un conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí y que se encuentran separados de un entorno determinado.

LUHMANN concibe la idea de que el sistema se crea asimismo. Es decir, lo crea la sociedad o sistema madre o referente en base a su necesidad.

La "teoría autorreferencista" en donde la sociedad conforma su sistema madre, tiende a ver a cada subsistema, ya sea, al subsistema de "la seguridad pública", al subsistema de "la salud", al subsistema de "el derecho", al subsistema de "la política" y al subsistema de "la economía", como su entorno y a su vez éstos crean su propio sistema que lo diferencie de los demás subsistemas a través de la autopoiesis. Es decir, a través de la autoformación o creación de su estructura y de los elementos de que se compone.

Razón por la cual, conforme el razonamiento del gran sociólogo contemporáneo no podemos ni debemos imaginar ningún subsistema, a la postre, considerado "sistema", como un elemento independiente ni estanco en relación a los demás. Es decir, cada uno de ellos se van auto-alimentando y perfeccionándose a los fines de tender al bien común. Pero nunca en forma aislada. Sino, todo lo contrario, en relación a su entorno.

Es por eso que al sistema madre o referente, que es la propia "sociedad", determinado subsistema debe inexorablemente remitirse. Precisamente, porque el fin de cada subsistema, sin apartarse de su genuina función, no debe dejar de velar para lograr sus objetivos, por el bien social, objeto y fin de cualquier sistema.

i) Conclusión parcial

Resulta dable colegir que cada subsistema, devenido luego en sistema, y que integra el sistema madre o referente que es la sociedad, debe contribuir al bien común, a los fines que los demás sistemas mejoren o se perfeccionen. Lo que supone NIKLAS LUHMANN no es sino, que todos los componentes de la sociedad nos comprometamos a través de nuestras conductas - estemos dentro del sistema en que podamos estar insertos -, no sólo a complementarlos, sino también a que pueda coexistir con sus otros sistemas a los fines de ir construyendo una sociedad justa[5].

2. Derecho constitucional argentino

A diferencia del derecho político, que analiza principalmente la teoría del Estado, el derecho constitucional se ocupa de la estructura jurídica que en el derecho positivo

[5] LUHMANN; Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, 2004, pp. 49 ss.

tienen los Estados, y de la regulación de las relaciones que se producen entre el estado y los ciudadanos o súbditos.

Generalmente se lo considera como la rama del derecho político relativa a la organización del Estado y a la regulación de los Poderes entre sí y de éstos con los particulares gobernados.

GARCÍA PELAYO lo define como: "la ordenación de las competencias supremas de un Estado".

Su importancia es fundamental, ya que la constitución, objeto principal del derecho constitucional, es en países como la argentina la regulación jurídica suprema (Constitución Nacional, artículo 31). Pues, además de fijar la estructura del Estado impone a las diversas ramas del derecho amoldarse a sus normas y principios rectores.

La ciencia del derecho constitucional aparece con el BARÓN DE MONTESQUIEU, autor de "L'esprit des lois" (1748), que partiendo del elemento histórico de la organización política inglesa del siglo XVIII, creó especulativamente un sistema de principios constitucionales que habrían de influir decisivamente en la evolución posterior.

MONTESQUIEU combate el absolutismo y busca la libertad y la justicia. Como garantía de la libertad propicia su teoría de la división y equilibrio de los poderes.

a) Garantías

A continuación, analizaré detalladamente el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina, por resultar de trascendental importancia para la materia objeto de este trabajo. En dicho texto legal se encuentran detalladas las garantías constitucionales que deben respetar y preservar todas las ramas del derecho y, por ende, de nuestra vida cotidiana, como así también su correlato con la respectiva garantía enunciada en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Muy probablemente, y no creo equivocarme, de haberse cumplido a lo largo de la historia argentina con cada una de las mandas que contiene la normativa suprema citada precedentemente, la realidad sería otra.

Entrando al meollo de la cuestión, he de dar comienzo al análisis preanunciado, no sin antes expresar que las **garantías** son todas las seguridades o promesas que ofrece la constitución al pueblo, de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por la

autoridad y por el pueblo mismo. Cuando hacemos mención a la palabra **derecho**, decimos que son los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal.

b) Garantías constitucionales

Artículo 18 de la Constitución Nacional

"Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" (garantía de juicio previo y principio de legalidad o principio de legalidad penal o procesal - el correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en el artículo 10), ***"ni juzgado por comisiones especiales. O sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa"*** (garantía de juez natural y del debido proceso - el correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en los artículos 16 y 18).

"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (garantía del derecho al silencio, de abstención a declarar o de declarar contra sí mismo - el correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en el artículo 29); ***"ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"*** (garantía a la acción o procedimiento de hábeas corpus - el correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en los artículos 16 y 20 inciso 1).

"Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" (garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio - el correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en el artículo 15).

"El domicilio es inviolable" (garantía de inviolabilidad del domicilio - correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en los artículos 31 y 24), ***"como también la correspondencia epistolar y los papeles privados"*** (garantía de la privacidad e inviolabilidad de secretos - correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en los artículos 12 inciso 5), 23 y 24); ***"y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación"*** (correlato con las normas pertinentes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en los artículos 12, inciso 5, 23 y 24).

"Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes" (correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires esta en los artículos 10 y 11).

"Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice" (garantía a la acción o procedimiento de hábeas corpus - correlato con la norma pertinente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires está en el artículo 30).

A los fines meramente aclaratorios y para mayor comprensión, "hábeas corpus" significa etimológicamente: "para que tengas el cuerpo" (para presentarlo al tribunal); y preserva la libertad ambulatoria e integridad psicofísica de los habitantes; en tanto y en cuanto conlleven arbitrariedades por parte del poder jurisdiccional. Claro está, que si una detención es legal la interposición de un hábeas corpus será rechazada. El "hábeas data", está tratado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, y significa: "para que tenga el dato" (para presentarlo al tribunal).

El artículo 405 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, establece las siguientes clases de hábeas corpus:

1) hábeas corpus preventivo: cuando se pretende impedir una lesión a la libertad ambulatoria de una persona. o sea, en este caso la persona no está detenida;

2) hábeas corpus reparador, propiamente dicho, clásico o principal: cuando una persona está detenida ilegítimamente

3) hábeas corpus correctivo o impropio: cuando existe un agravamiento de las condiciones de detención. por ejemplo cuando un interno debe ser cambiado de cárcel por peligro a ser golpeado, o por no recibir asistencia sanitaria; y

4) hábeas corpus restringido: cuando existe una desaparición forzada de personas.

En cuanto a la garantía de juicio previo y principio de legalidad o principio de legalidad penal o procesal, dicha garantía impide la arbitrariedad del Estado. Garantía, por otro lado, que hace a los principios de: oralidad, publicidad, acusación y contradicción.

La garantía de juez natural y del debido proceso, impide la arbitrariedad de los jueces.

La garantía del derecho al silencio, de abstención a declarar o de declarar contra sí mismo, preserva la libertad volitiva de los individuos. Ello, en cuanto al deseo de declarar o no. ya que por pertenecer el derecho penal al derecho público, regula las relaciones entre los particulares entre sí, y entre éstos y el estado. El Estado es el que tiene a su cargo la acción penal. Por lo tanto, entre otras funciones, le corresponde la de constatar un hecho ilícito, y juzgar al sospechado. Razón por la cual, le asiste a cualquier imputado el derecho de negarse a declarar sin que ello implique presunción alguna en su contra.

A continuación, para mayor ilustración y como aporte normativo que puede resultar útil para el lector, se han de citar artículos que hacen a cada una de las garantías citadas:

Garantía a la acción o procedimiento de hábeas corpus: artículo 20 inciso 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; el referido 405 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y ley nacional nº 23.098.

Garantía de juicio previo y principio de legalidad o principio de legalidad penal o procesal: artículos 1º, 320, 321, 322 y 467 del Código Procesal Penal de la Nación; 10 y 151 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Hacen a dicha garantía el principio de presunción de inocencia, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 144 y 367 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Del principio de presunción de inocencia surge la garantía "favor rei", denominada en el derogado Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires -ley 3589-, "in dubio pro reo".

Garantía de juez natural y del debido proceso: artículos 1, 2, 4, 19, 56, 106, 111, 210, 211, 373, 395 y 467 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. A dicha garantía le corresponde el derecho a la doble instancia o al doble conforme, consagrados en el artículo 8º, punto 2, acápite h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice textualmente: "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; y artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto dice: "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por la ley". La garantía de juez natural impide la arbitrariedad de los jueces en cuanto a la eventual posibilidad de alterar tanto la

jurisdicción como la competencia atribuida a los distintos órganos jurisdiccionales. Y el debido proceso impone también el principio de imparcialidad en cuanto a los miembros que integran el tribunal colegiado que ha de intervenir en la decisión final del proceso.

La doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Llerena" y "Dieser", establecen, el primero, que el mismo juez correccional que había intervenido en la instrucción no podía ser el mismo que fuera a sentenciar. Y en el segundo, se planteó que los jueces que habían sido los revisores de la medida cautelar, no estaban en condiciones de mantener su imagen de imparcialidad a la hora de revisar la sentencia condenatoria.

Garantía del derecho al silencio, de abstención a declarar o de declarar contra sí mismo: artículos 310 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio: artículos 1, 60, 89, 124, 247, 259, 265, 277 y 308 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ahora bien, en relación a la mentada garantía he de destacar que al recibírsele declaración indagatoria, o en el caso de la Provincia de Buenos Aires, al hacerse efectiva la declaración que alude el artículo 308 del Código Procesal Penal, no se recibe declaración por calificaciones legales, sino por hechos, quedando satisfecha dicha garantía con el conocimiento del imputado y su defensa en relación a cuál o cuáles son los hechos motivo del proceso. Asimismo, cabe destacar que la defensa material es la que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad judicial, y lo faculta a intervenir en toda la actividad procesal. La defensa técnica, es la confiada a un jurista graduado (abogado), para que lo asista y asesore jurídicamente al imputado y lo represente en todos los actos procesales no personales. Esta defensa el Código Procesal Penal, tanto provincial como nacional, obliga a que todo imputado la tenga, a menos que opte por defenderse personalmente, siempre que ello no perjudique su eficacia o no obstaculice la normal sustanciación del proceso, tal como lo enuncia el artículo 89 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Por último, también hace al derecho de la defensa en juicio la confección en legal forma de las actas que se practiquen en un expediente judicial.

Al respecto mencionaré una cita bíblica. Cuando crucificaron a Jesús, Pilato escribió sobre su Cruz: "Jesús Nazareno, rey de los judíos" (INRI). Lo escribió en tres

idiomas: hebreo (lengua hablada por Jesús), griego (la lengua más hablada) y en latín (la lengua que hablaban los romanos). Los principales sacerdotes judíos le dijeron a Pilato "no escribas, rey de los judíos, sino que él dijo: soy rey de los judíos". Pilato respondió: "quod scripsi, scripsi" (lo que está escrito, está escrito) - Santa Biblia, capítulo 18, versículos 20, 21 y 22 -. Con la cita pretranscripta lo que se pretende decir es que el o los funcionarios que formalizan un hecho en un acta no dejan de ser esclavos de lo que el acta refleja, ya que con posterioridad a su realización resulta imposible modificarla. Por lo tanto, si la circunstancia que se plasma en un acta no resulta verosímil es allí donde el derecho de defensa en juicio debe prevalecer, pudiéndose solicitar hasta la nulidad de dicho acto. Y, en el supuesto de no contar el mentado acto jurídico con el apoyo de un testigo, que convalide todo lo allí narrado, puede no merecer tildarla de nula, pero sí de insuficiente a los fines probatorios. Como vemos, la garantía de la defensa en juicio siempre debe prevalecer, aún antes del llamado "primer acto de defensa". O sea, aún antes de recibirle a cualquier imputado o sospechado la respectiva declaración que establece taxativamente el artículo 308 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Garantía de inviolabilidad del domicilio: artículos 17, 24, 219 y 220 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y 150 del Código Penal.

Garantía de la privacidad e inviolabilidad de secretos: artículos 153 a 157 bis del Código Penal.

Ahora bien, existen garantías que no están explícitamente contenidas y tratadas en el reseñado art. 18 de nuestra Ley Fundamental.

Ellas son las siguientes:

1) principio del "non bis in idem" (no dos veces por la misma cosa): aparece como implícito en la constitución nacional, en el artículo 33, la que, según el jurista doctor JULIO B. J. MAIER, es una garantía de seguridad individual. Aparece también en el artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. También en los artículos 1º del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; 8º punto 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada "Pacto de San José de Costa Rica"; 14.7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 1º del Código Procesal Penal de la Nación;

2) principio de la presunción de inocencia: se encuentra establecido expresamente en el artículo 8 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2; en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, artículo 1, texto según ley 11.922; en el Código Procesal Penal de la Nación, artículo 1; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 26 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11 inciso 1.

Resulta oportuno destacar, que "lato sensu", los pactos o convenciones tienen fuerza obligatoria. Esto es, cuando un país se integra al mismo como "Estado Miembro". No así las declaraciones, aunque estas últimas deben ser acatadas por una cuestión de índole moral y a los fines de no apartarse de los criterios de globalización imperantes, de los que no debe excluirse el sistema jurídico.

Es decir, las garantías del "non bis in ídem", como la del "principio de la presunción de inocencia", si bien son complementarias de las que enuncia taxativamente el artículo 18 de nuestra Carta Magna, no se encuentran expresamente contenidas en dicha norma constitucional[6].

c) Supremacía de las leyes

A continuación de lo expuesto supra, tratare de delinear la estructura conceptual básica de ordenamientos jurídicos e institucionales oficiales inherentes a la seguridad pública nacional y provincial.

Como "Norma Fundamental" y en orden a la supremacía constitucional que emerge precisamente del artículo 31 de la Ley Fundamental, podemos citar a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna); y al derecho procesal penal, que son ordenamientos jurídicos que les dan las herramientas legales para que las fuerzas de seguridad ejerzan su función. A ellos le siguen el Código Penal y las leyes complementarias que dictan las normas que, violadas que sean, les otorgan intervención efectiva funcional, conforme las leyes que habilitan su ejercicio. Subordinados a dichos ordenamientos jurídicos se encuentran la ley nacional de seguridad interior (nº 24.059) y la ley provincial de seguridad pública (nº 12.154). Todos los contenidos jurídicos precitados son los que, de la manera

[6] GELLI; Constitución de la Nación Argentina, tomo I, 2009, pp. 276 ss.

jerárquicamente enunciada, deben ser respetados por las Fuerzas de Seguridad, cuales son: Policía Federal Argentina, Policías de la Provincia de Buenos Aires, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria y la Gendarmería Nacional Argentina; amén, en casos excepcionales, de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo establecido por el artículo 1º del reglamento de la ley de defensa nacional y artículo 31 de la ley 24.059; pero, en este último caso, a criterio del Presidente de la Nación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2 de dicha ley. Es decir, a los fines de mantener resguardadas la vida, la libertad y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional.

d) Conclusión parcial

El derecho constitucional debe ser la base del sistema jurídico argentino. A su vez, el espíritu de los tratados a los cuales adhirió la carta magna en su última reforma llevada a cabo en 1994, pertenece a esa "norma básica fundamental", al decir de HANS KELSEN, su precursor, conformando un verdadero sistema jurídico internacional, en la que su base ideológica tiene como fin la protección y exaltación de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad.

3. El sistema jurídico argentino

El mismo se sustenta ineludiblemente sobre la base de nuestro sistema constitucional, ya sea nacional o provinciales, conforme el artículo 5 de la "ley de leyes", al disponer taxativamente que: "cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

En cuanto al sistema judicial, propiamente dicho, está contemplado en la sección tercera, capítulo primero, en cuanto alude a las atribuciones del Poder Judicial – de su naturaleza y duración-.

En lo sustancial, tal como reza el artículo 108 de la Ley Fundamental, establece que "El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación".

a) Función de los magistrados

Al juez le cabe la ineludible, indelegable, improrrogable e irrenunciable tarea de administrar justicia. Ello, conforme las normas que habilitan su ejercicio. Como por ejemplo, los llamados Códigos Procesales, en lo Civil y Comercial o en lo Penal.

Cierto es, que tampoco deben apartarse, en el desarrollo de su judicatura, de los principios que resguardan su función jurisdiccional. O sea, respetar el sistema republicano de gobierno establecido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. Es por ello que los juicios son públicos y las autoridades públicas deben hacer públicos sus actos y sentencias y dichos actos y sentencias deben estar fundamentadas, ya que eso hace a la forma republicana de gobierno[7].

El sistema republicano tiene como principio básico que el pueblo pueda saber de qué tratan sus resoluciones. Por eso, vamos a partir de la idea de que un testigo tiene una carga pública a la hora de declarar, pero también que cualquier ciudadano pueda presenciar las audiencias[8].

A partir de la última reforma integral que ha tenido el sistema judicial penal argentino, en la década del ´90, el actual es el acusatorio. Distinto del anterior sistema, el inquisitivo.

b) El sistema inquisitivo

Puede observarse en la evolución del derecho procesal penal características similares a las del derecho penal material, pues a la reacción privada ciega e impulsada por un sentimiento de venganza, siguió la aparición del intermediario como un progreso significativo hacia la realización de la justicia, germen de la idea de la pena pública, que en su desarrollo culminó con la punición como facultad exclusiva del Estado[9].

c) Características que hacen al sistema inquisitivo

Alguna de ellas resultan ser las siguientes: iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre acusación y defensa, y el carácter escrito y secreto de la instrucción, mientras que no lo son en forma tan exclusiva otros rasgos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva; como por ejemplo: la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal, el carácter público de los órganos de acusación, la

[7] MAIER; Derecho Procesal Penal, 1999, pp. 737 ss.
[8] GELLI; Constitución de la Nación Argentina, tomo I, 2009, pp. 17 ss.
[9] MAIER; Derecho procesal penal, 1999, pp. 443 ss.

pluralidad de grados de la jurisdicción y la obligación del tribunal de motivar sus decisiones[10].

Otra de las características fundamentales, es que la actividad netamente jurisdiccional, estaba en poder del juez en el que se centralizaba la función de instruir una causa, investigarla y la de juzgar al acusado. Con la consecuente sorpresa, muchas veces, irracional, de que el mismo juez que instruía, y que dictaba la prisión preventiva del encausado, finalmente por insuficiencia probatoria, debía absolver al imputado. pues, para ver esto con claridad no debemos dejar de considerar que los elementos convictivos para dictar un auto de prisión preventiva son de una envergadura probatoria inferior a los que se requieren para dictar una sentencia condenatoria; ya que en esta última resolución que causa estado se requiere para su pronunciamiento: certeza o indubitabilidad.

Razón por la cual, puede darse la posibilidad que se le dicte una medida de coerción a una persona, ante la sospecha ciertamente fundada de que ha participado en la comisión de un delito; y que, a esa misma persona, ante una situación de duda, a la postre, se la absuelva. esto puede suceder a más de lo dicho, en el entendimiento de que para el dictado de una sentencia el juez deberá expresar la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con el desarrollo escrito de las razones que lo llevan a aquella convicción.

d) Características que hacen al sistema acusatorio

Este sistema procesal penal que rige actualmente difiere sustancialmente del anterior.

Para reconocer este modelo de enjuiciamiento debe considerarse la forma de actuación del juez, ya que no puede hacerlo de oficio, pues la acusación del prevenido es la base de todo el procedimiento. Las partes (acusación y defensa), gozan de igualdad de derechos. El juez se convierte así en un tercero imparcial que carece de iniciativa propia para indagar, quedando dentro de su esfera jurisdiccional - ardua y fatigosa por cierto -, el dictado de la sentencia.

e) Foucault y el poder

PAUL-MICHEL FOUCAULT, nació en Poitiers, Francia, el 15 de octubre de 1926, y

[10] RIGHI; Derecho Penal, 2008, pp. 449 ss.

falleció el 25 de junio de 1984, en París, Francia. Fue historiador de las ideas, psicólogo, teórico social y filósofo francés. se desempeñó como profesor en varias universidades francesas y estadounidenses y catedrático de "historia de los sistemas de pensamiento", en el Collége de France (1970-1984) en reemplazo de las cátedras de "historia del pensamiento filosófico", que ocupó hasta su muerte JEAN HYPPOLITE.

FOUCAULT es conocido principalmente por sus estudios críticos de las instituciones sociales, en especial la psiquiatría, la medicina, las ciencias humanas, el sistema de prisiones, así como por su trabajo sobre la historia de la sexualidad humana. Sus análisis sobre el poder y las relaciones entre poder, conocimiento y discurso han sido ampliamente debatidos. En sus últimos trabajos y cursos desarrolló conceptos como biopoder y biopolítica.

En el año 2007 Foucault fue considerado por el "the times higher education guide", como el autor más citado del mundo en el ámbito de humanidades.

Una de sus obras con un valioso aporte filosófico se titula "Vigilar y castigar", de 1975. Comienza con una descripción muy gráfica de la ejecución pública de Robert Damiens, en 1757 - quien intentara asesinar al rey de Francia Luis XV -, bajo la acusación de regicida. Contra tal circunstancia, Foucault expone una prisión gris, 80 años después; y busca entender cómo pudo ocurrir tal cambio en la forma de castigar a los convictos en un período tan corto. Estas dos formas de castigo tan contrastantes son dos ejemplos de lo que llama "tecnologías de castigo". La primera, la tecnología de castigo "monárquico", consiste en la represión de la población mediante ejecuciones públicas y tortura. La segunda el "castigo disciplinario", según dice, es la forma de castigo practicada hoy día. Este castigo le da a los "profesionales" (psicólogos, facilitadores, guardias, etc.) poder sobre el prisionero: la duración de la estancia depende de la opinión de los profesionales.

Sin perjuicio de todo lo expresado precedentemente y circunscripto al tema del "poder y saber", a principios de octubre de 2013 realicé una entrevista, compuesta por la participación de veinte personas, de diverso sexo, edad y condición social, las que a continuación habré de analizar porcentualmente, en cuanto a cada una de las respuestas dadas.

Pregunta nro. 1 que dice: ¿considera que el saber que otorga determinada profesión u oficio, puede ser la clave de un éxito o de la realización personal o

profesional de cualquier persona? de responder si o no, por favor fundamente su respuesta.

Un 45% respondió que sí y un 55% respondió que no.

Pregunta nro. 2 que dice: ¿considera que el saber que otorga determinada profesión u oficio, necesariamente puede ser la clave de un éxito económico? de responder si o no por favor fundamente su respuesta.

Un 20% respondió que sí y un 80% respondió que no.

Pregunta nro. 3 que dice: ¿cree usted que quien, necesariamente, se ocupa en saber, necesariamente, también se preocupa en tener el poder? de responder si o no, por favor fundamente su respuesta.

Un 10% respondió que sí y un 90% respondió que no.

Pregunta nro. 4 que dice: ¿cree usted que las personas que ejercen un poder en determinado ámbito, son en general las que poseen el mayor saber? de responder si o no, por favor fundamente su respuesta.

Aquí la respuesta fue unánime, el 100% respondió que no.

Pregunta nro. 5 que dice: puede usted relatar brevemente algún hecho que haya vivenciado directamente o que haya conocido, sin que sea necesario que identifique a sus protagonistas, relacionado con personas capaces que han buscado alcanzar determinado poder precisamente a través de su inteligencia y capacidad y que en definitiva no han podido alcanzar dicho objetivo? en su caso ¿a qué le atribuye la infructuosa búsqueda?

La mayoría ha dado ejemplos relacionados con hechos ocurridos en los cuales la capacidad intelectual y ética quedaron apartadas al momento de seleccionar una persona pasando a tomar protagonismo el llamado “acomodo” o “padrinazgo”.

Pregunta nro. 6 que dice: ¿cuáles son, a su criterio, los atributos que tiene que tener una persona con poder?

Casi todos coincidieron en los siguientes adjetivos: honestidad, ética, conocimiento, autoridad, responsabilidad, sencillez, humildad, saber qué es el bien común, sabiduría, confianza, sinceridad, capacidad de escuchar, fe e idoneidad.

Ahora bien, de las entrevistas precitadas se pueden colegir muchas reflexiones, pero la más trascendental, a mi criterio, resulta ser la de que la mayoría descree del poder como sinónimo de saber.

Al recurrir una vez más a MICHEL FOUCAULT, el eminente pensador manifestó que "el poder", no sólo reprime, sino que también produce efectos de verdad y de saber, aunque en ciertas oportunidades el poder abusivo e inconsistente puede concluir en un autoritarismo. También expresó, haciendo una breve síntesis en relación a sus excelsos pensamientos, que quien tiene el saber tiene el poder razonándolo desde un punto de vista filosófico. Lógico, que desde ese punto de vista, saber es poder. Pero desde un punto de vista pragmático, quien tiene el poder político, no necesariamente tiene el saber.

Cabe tener presente que para **NICOLÁS MAQUIAVELO** – diplomático, funcionario público, filósofo político y escritor italiano -, existen tres personas: "**está el que sabe**" aquí no hay problema; "**el que no sabe y sabe que no sabe**", tampoco hay problema, porque se asesora "**y el que no sabe y cree que sabe**" aquí está el problema irreversible. A su vez **CONFUCIO**, filósofo chino decía: "***saber que se sabe lo que se sabe y que no se sabe lo que no se sabe, he aquí el verdadero saber***".

f) Conclusión parcial

El sistema jurídico argentino se caracteriza por la aplicación de la pena como solución a los conflictos que tiene que resolver, mediante los sistemas procesales que debe respetar. Por lo que no deja de ser la consecuente respuesta de causas ajenas al poder administrador de justicia, aunque por ser un poder no político, sino jurídico, le está impedido actuar en políticas que propendan a la solución de la génesis de los conflictos sociales.

4. La pena de reclusión o prisión

Introduciéndonos a la cuestión medular del presente trabajo destaco que el artículo 5 del Código Penal establece como penas, las de: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Más allá de revestir para determinado enjuiciable preocupación la aplicación de cualquiera de ellas, analizaré muy especialmente aquellas privativas de libertad. O sea, las de reclusión o prisión.

En primer término explicaré sus diferencias.

Parafraseando al gran jurista argentino, Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "la historia legislativa argentina conoció una pluralidad de penas privativas de libertad (presidio, penitenciaria, prisión y arresto), que en el código de 1921 quedaron reducidas a dos: reclusión y prisión. La reclusión fue como resabio de una pena infamante, prohibida actualmente en nuestra carta magna (inc. 22 del art. 75, art. XXVI D.A.D.H.), pero en cuanto a la forma en que debe ejecutarse, no en cuanto a la forma de conteo de la prisión preventiva contemplada en el art. 24 del Código Penal, texto según ley 24.286). Razón por la cual, la diversidad de penas privativas de la libertad tiende a desaparecer en la legislación comparada, lo que reconoce antecedentes muy lejanos (primer congreso penitenciario de Londres de 1872). A posteriori de la reforma de 1994, la Constitución Nacional sería contradictoria, pues por un lado impondría la subsistencia de una pena infamante y, por otro la prohibiría. La reclusión como pena infamante era manifiesta en la posibilidad de trabajos públicos, lo que implicaba un sometimiento del sujeto a la vergüenza pública. Su diferencia conceptual se hallaba en la ejecución, desde que una pena es diferente si se ejecuta de modo distinto: la pena de reclusión era más gravosa en su ejecución, al punto que incluso se excluía de ella a los hombres débiles y mayores de sesenta años. Consecuentemente, los organismos jurisdiccionales aplicaban una pena que no se ejecutaba. O, dicho de otro modo, se ejecutaba como otra: si la distinción con la prisión es su ejecución más gravosa e infamante, una pena de reclusión que se ejecuta como pena de prisión, es una pena de prisión. O sea, se desnaturaliza así la génesis diferencial de dichas penas. Si bien esto fue siempre así, el proceso de unificación se oficializó con la derogación formal de la pena de reclusión, al establecerse su ejecución indiferenciada (ni más gravosa ni infamante, sino igual a la de prisión) en la antigua ley penitenciaria de 1958, que mantiene la vigente ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660). Inclusive reemplazó las calificaciones de recluso y preso por la de interno, disponiendo que el trabajo obligatorio no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107), lo que constituye la partida de defunción legal de la reclusión como pena. Si por esas disposiciones es claro que quedan derogados los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal, con ellos desapareció la pena de reclusión, por lo cual corresponde considerar derogadas todas las disposiciones que hacen referencia a ella en el resto del código, y a todos los efectos que se referían: a) al arresto domiciliario previsto en el art. 10 del Código Penal,

derogado por los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, que establecen un contenido de mayor alcance para la prisión domiciliaria; b) a la libertad condicional al año, para los casos de condenas a tres años o menos; c) al impedimento de la condenación condicional (art. 26); d) a la discriminación para el cómputo de la tentativa, en los casos de encontrarse la pena conminada con reclusión perpetua, unificándose ambas hipótesis en la previsión dispuesta para la pena de prisión perpetua, es decir de diez a quince años, y con el mismo alcance debe valer para el cómplice (art. 46); y e) al cómputo de prisión preventiva del art. 24"[11].

a) Distintas teorías

En primer término he de dejar salvado que la palabra teoría deriva del griego θεωρειν," contemplar" o más bien se refiere a un pensamiento especulativo. al igual que la palabra especular, tiene relación con "mirar", "ver". Proviene de theoros (espectador), formada de thea (vista) y horar (ver). De acuerdo con algunas fuentes, theorein era frecuentemente utilizado en el contexto de observar una escena teatral, lo que quizá explica el por qué algunas veces la palabra teoría es utilizada para representar algo provisional o no completamente real.

Dicho lo que antecede, voy a desarrollar las distintas teorías que hacen a la pena.

b) Teorías tradicionales

Si se reduce la discusión a su mínima expresión podemos identificar tres teorías legitimantes de la pena que se dividen en dos grupos: la teoría absoluta o retributiva que justifica la pena en sí misma y sin relación alguna con su utilidad social, y las teorías relativas (prevención especial y prevención general), que justifican la sanción penal como instrumento para evitar nuevos delitos.

1) Teoría de la retribución

Sus precursores más destacados fueron: el filósofo prusiano, IMMANUEL KANT y el filósofo alemán, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL.

Dicha teoría justifica la pena como el mal que se impone a quien cometió un mal: "ojo por ojo, diente por diente". Partiendo de la idea de dar a cada uno lo que se merece, la pena es un castigo que se impone a quien comete un delito, por el hecho de haberlo cometido y con independencia de consideraciones tales como la personalidad,

[11] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; Derecho Penal. Parte General, 2010, pp. 708 ss.

peligrosidad o propensión a la resocialización del autor, o de la repercusión social que la sanción pueda tener. También se mezcla con esta teoría la idea de la expiación, según la cual el castigo constituye un modo de purgar el delito en el alma del autor. INMANUEL KANT es uno de los filósofos paradigmáticos de la concepción retributiva de la pena. Como así GEORGE W. F. HEGEL, quien se ocupó especialmente del castigo, en su obra "Filosofía del derecho". Para HEGEL el castigo está implícito en el delito: en la acción del delincuente "como acción de un ser racional, está implícito algo universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido para sí, y bajo la cual puede ser subsumido, como bajo su derecho". Es por ello que "el delincuente es honrado como ser racional en el castigo, que es mantenido como portador de su derecho particular. Ese honor no llega a él si el concepto y la norma del castigo no se toman de su mismo acto y si el delincuente es considerado como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección"[12].

La ventaja de esta teoría es la de ser respetuosa del principio de culpabilidad penal. Una de las objeciones es la de explicar de dónde surge la facultad del Estado para imponer penas, exclusivamente en función al del merecimiento individual y con total independencia del logro de determinado objetivo.

2) Teoría de la prevención especial

Los principales seguidos de dicha teoría son: el filósofo austríaco, FRANZ RITTER VON LISZT y el jurista español, PEDRO GARCÍA DORADO MONTERO.

Convalidan la aplicación de la pena por su efecto sobre el autor del delito: la sanción penal evita delitos porque actúa sobre el delincuente, neutralizándolo (prevención especial negativa) o resocializándolo (prevención especial positiva).

Tal vez como fruto de la moda o por obnubilación que producen las buenas intenciones (que olvidan que los derechos y garantías son medios y no fines utópicos), muchos tratados internacionales y textos constitucionales adoptan expresamente esta teoría de la pena, limitando severamente los derechos a la autonomía individual, a la intangibilidad de la personalidad humana y a la autodeterminación. entre los primeros es necesario citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.) que en su artículo 5 inciso 6, dispone: "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados" y el Pacto

[12] HEGEL; Filosofía del derecho, 1985, pp. 186 ss.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.), que en su artículo 10, inciso 3, establece que: "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Otras constituciones establecen disposiciones de este tipo, como por ejemplo la de España, El Salvador, Uruguay, Honduras, Paraguay, México y Nicaragua.

En el caso de la Constitución de la Nación Argentina, se sostiene que a partir de la reforma de 1994 (que en su artículo 75 inciso 22, incorporó diversos pactos internacionales al texto constitucional, entre ellos, la C.A.D.H. y el P.I.D.C.P. ya citados), la función resocializadora de la pena tiene estatus constitucional.

(i) Prevención especial negativa

Considera que la pena tiene como fin neutralizar al autor, lo que logra mediante su eliminación definitiva (pena de muerte) o de su exclusión del seno social (encarcelamiento) por determinado lapso. La lógica es simple: como el autor es la causa del delito nada mejor que impedirle que lo cometa. Es la teoría más antipática para la doctrina porque no sólo se entromete con la personalidad del autor, sino que se desentiende de su modificación por vía de la resocialización.

(ii) Prevención especial positiva

Concibe la pena como un instrumento para resocializar al autor. La pena evita delitos modificando la personalidad del sujeto que los comete, transformándolo en un ser apto para la vida en sociedad.

3) Teoría de la prevención general

Quienes abrigan, con mayor influencia, la mentada teoría son: el filósofo alemán, LUDWIG ANDREAS FEUERBACH y el filósofo y jurista italiano, GIAN DOMENICO ROMAGNOSI.

Dicha teoría justifica la pena por el efecto que tiene en la comunidad como instrumento de propaganda, del castigo (**prevención general negativa**), o de la vigencia de la norma (**prevención general positiva**).

(i) Prevención general negativa

Se construye sobre la idea de la disuasión: la pena aplicada al autor del delito asusta a los miembros de la sociedad y los motiva a abstenerse de cometer delitos. Es lo que se denomina coacción psicológica.

(ii) Prevención general positiva

Según esta teoría, la finalidad de la pena es restablecer la vigencia de la norma que se vio desautorizada por el delito. El delito niega la vigencia de la ley, y la pena niega esa negación con lo cual afirma el imperio de la norma. Dice JAKOBS, "misión de la pena: es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena: es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma"[13].

c) El doble fin preventivo de LUIGI FERRAJOLI

Más allá de las respetables teorías que traté de sintetizar, merece especial atención los principios, por ciertos excelsos y autorizados, de uno de los penalistas más destacados internacionalmente, LUIGI FERRAJOLI, nacido en Florencia, Italia, el 6 de agosto de 1940. Es un jurista florentino y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico. Teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales. FERRAJOLI se define como un iuspositivista crítico.

Se desempeñó como juez entre 1967 y 1975; durante este tiempo estuvo vinculado al grupo "magistratura democrática", una asociación judicial de orientación progresista. desde 1970 fue profesor de "filosofía del derecho" y de "teoría general del derecho", en la Universidad de Camerino, donde además fue decano de la Facoltà di Giurisprudenza (Facultad de Jurisprudencia) y, desde 2003, de la Universidad de Roma.

Una de sus primeras obras, escrita junto con DANILO ZOLO, fue "Democracia autoritaria y capitalismo maduro", publicada en 1978. Otros libros de su autoría son: "Derechos y garantías, la ley del más débil"; "Los fundamentos de los derechos fundamentales"; y "Razones jurídicas del pacifismo y garantismo, una discusión sobre derechos y democracia". Su obra más famosa, es "Derecho y razón, teoría del garantismo penal", editado en español en 1995.

A finales de 2007 publicó lo que él mismo denomina la obra de una vida, esta obra lleva por título "Principia iuris: teoría del diritto e della democracia", editori laterza. En esta obra de casi tres mil páginas el filósofo del derecho realiza una teoría axiomatizada del derecho y la divide en tres ámbitos: la teoría del derecho, la teoría de la democracia y la sintáctica del derecho.

[13] JAKOBS; Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 1995, pp. 12 ss.

El mencionado jurista es partidario de un derecho penal mínimo y racional. Critica la propuesta abolicionista.

Justifica la pena a partir de un doble fin preventivo: a) la prevención de delitos y b) la prevención de venganzas privadas.

Dice que la pena "no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas"[14], y señala que el derecho penal no constituye una garantía de la venganza destacando que "la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza"[15]. Considera que el derecho penal nació cuando la relación bilateral ofendido/ofensor es suplantada por una relación trilateral en la que la autoridad judicial se sitúa como tercero imparcial[16].

Su concepción preventiva es preventivo general: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas[17].

No obstante considera que el segundo fin es el que más debe ser subrayado: a) es más alcanzable que el primero; b) nunca ha sido debidamente considerado por las autoridades; c) lo estima "a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista"[18]; y d) es el que distingue al derecho penal de otros sistemas de control social que son más eficientes para satisfacer el fin de defensa social[19].

Su teoría puede resumirse en la concepción del derecho penal como "la ley del más débil": "la ley penal se justifica en tanto que la ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte"[20]; el más débil es la víctima a la que se protege con la amenaza de penas y el delincuente al que se protege expropiando la reacción punitiva.

Creo que esta visión sobre la pena constituye un avance respecto de las demás porque incorpora a la víctima en la escena del problema y ello, es esencial para el análisis de justificación axiológica del castigo.

---

[14] FERRAJOLI; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1998, pp. 209 ss.
[15] Ibídem.
[16] Ibídem.
[17] Ibídem.
[18] Ibídem.
[19] Ibídem.
[20] Ibídem.

d) La teoría negativa de la pena del Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

El gran jurista argentino, ex-ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abriga la concepción de la "teoría negativa de la pena". Cuestiona las teorías legitimantes o positivas de la pena, a las que considera falsas y encubridoras de las reales funciones de la pena y del sistema penal. Propone construir una teoría negativa o agnóstica de la pena que la conciba a partir de la realidad. Dice el profesor ZAFFARONI "incorporando las referencias ónticas es posible construir el concepto teniendo en cuenta que la pena es: a) una coerción; b) que impone una privación de derechos o un dolor; c) que no repara ni restituye; y d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. El concepto así enunciado se obtiene por exclusión: la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa"[21].

En cuanto al abolicionismo del derecho penal, alguna de sus críticas se basa en un cuestionamiento profundo a la concepción liberal del estado y de los derechos individuales, y a las relaciones de poder de la sociedad capitalista. El sistema penal es visto como el "brazo armado del capitalismo", indispensable para sostener un orden social injusto y preservar el derecho de propiedad. El delito queda a un paso de ser considerado un acto revolucionario. Reducidas a su máxima expresión, las ideas abolicionistas proponen acabar con el sistema penal y con la pena como sanción, dejando la solución de los conflictos humanos en manos del resto de las regulaciones jurídicas, como por ejemplo las sanciones civiles, mecanismos de composición (que en general no son suficientemente explicados) y procedimientos "espontáneos" de abordaje de los problemas, conduciendo sus argumentaciones a un único objetivo: un estado sin penas.

Sin perjuicio de lo expuesto y volviendo a los excelsos pensamientos del profesor ZAFFARONI, se compartan o no, pero respetables indiscutiblemente, cabe apuntar sus palabras, elocuentes por cierto, sobre su posición al decir que: "desde cualquier perspectiva deslegitimante del poder punitivo, el abolicionismo penal sería su corolario"[22]. También ha dicho que: "el derecho penal mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo, por lejano que hoy

[21] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; Derecho Penal. Parte General, 2000, pp. 761 ss.
[22] Ibídem.

parezca…nos parece que el sistema penal se halla deslegitimado tanto en términos empíricos como preceptivos, puesto que no vemos obstáculo a la concepción de una estructura social en que sea innecesario el sistema punitivo abstracto y formalizado, tal como lo demuestra la experiencia histórica y antropológica"[23].

Resulta difícil, aunque a mi criterio, imposible, apartar como teoría, en sí misma, a la abolicionista, ya que no deja de concebir principios absolutamente irresistibles a cualquier otra tesis argumental, porque a tenor de los dichos del citado jurista: "el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad"[24]. Pero, también es cierto, que desde un punto de vista práctico podría resultar imposible actualmente su aplicación. Sea porque no estamos preparados como sociedad para confrontar con una persona que cometió un delito, o por cierta aprehensión que la justifique. En definitiva, como el derecho no está enrolado dentro de las ciencias exactas, resulta insostenible abrigar cualquier teoría dogmática al respecto.

Ahora bien, continuando en igual andarivel ideológico - aunque ahora extremo -, no podemos dejar de puntualizar, en cuanto a la pena de muerte, que la misma ha sido motivo de análisis en la ***Summa Theologica,*** que pretendió ser una síntesis del saber filosófico y teológico. La mentada Obra fue compilada con los borradores de SANTO TOMÁS DE AQUINO, uno de los Padres de la Iglesia Católica. Santo Tomás racionalizó la Fe Católica, mediante las cinco vías para probar la existencia de Dios, las que en esta oportunidad me eximo de tratar conforme el objeto bajo análisis que me ocupa. La citada Obra por su inmensidad intelectual y filosófica, no ha podido ser igualada en la actualidad, menos aún superada. Santo Tomás de Aquino, a quien llamaban "El buey mudo", por su robusta contextura física e inusitada parquedad, se expidió sobre la pena de muerte en la parte II-IIae-Cuestión 64 art. 2 "el homicidio". Allí se expresa: "¿es lícito matar a los pecadores? objeciones por las que parece que no es lícito matar a los pecadores: 1. el señor prohibió, en la parábola de Mt. 13, 29-30, extirpar la cizaña, que representa a los hijos del mal, como allí se dice (v.28). Pero todo lo que dios prohíbe es pecado. Luego matar al pecador es pecado. 2. La justicia humana debe conformarse a la justicia divina. Más, según esta divina justicia, son conservados los pecadores para que hagan penitencia, de acuerdo con aquellas palabras de dios que consigna Ez 18,23: No quiero la muerte del pecador, sino que se convierta y viva. Luego parece que es

[23] ZAFFARONI; En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, 1990, pp. 77 ss.
[24] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; Derecho Penal. Parte General, 2010, pp. 9 ss.

absolutamente injusto matar a los pecadores. 3. Lo que es malo en sí no puede en modo alguno hacerse con buen fin, como manifiestan Agustín en el libro contra mendacium, y el Filósofo en III Ethic. Pero matar al hombre es en sí malo, puesto que hemos de tener caridad con todos los hombres, y queremos que los amigos existan y vivan, como se dice en IX Ethic. Luego en ningún caso es lícito matar al hombre pecador. Contra esto: está Ex 22,18, que dice: No permitirás que vivan los hechiceros; y en Sal 100,8: De madrugada matad a todos los pecadores del país. **Respondo: Según se ha expuesto (a.1), es lícito matar a los animales brutos en cuanto se ordenan de modo natural al uso de los hombres, como lo imperfecto se ordena a lo perfecto. Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y por ello cada parte existe naturalmente para el todo. Y por esto vemos que, si fuera necesaria para la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien: cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común; pues como afirma san pablo en la primera carta a los corintios 5-6: un poco de levadura hace fermentar toda la masa".**

Más allá de todos estos excelsos y trascendentales pensamientos que ya forman parte del pensamiento universal, con mucho respeto voy a plasmar en este trabajo mi opinión.

La constitución de la nación argentina no permite la pena de muerte. Y cuando se empieza a pedir la pena de muerte lo que se está pidiendo es, sencillamente, que se viole la constitución nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de ninguna manera puede apoyar la aplicación de la pena de muerte. Ello, en virtud de haberse incorporado a nuestra Carta Magna el Pacto de San José de Costa Rica, que impide que se aplique la pena de muerte en los países que lo adoptaron.

Aunque en la actualidad existen alrededor de noventa países que la mantienen, como Estados Unidos de América, Egipto, Rusia, Japón, Guatemala y China. en Argentina resulta de imposible aplicación la pena capital por haber adherido a pactos internacionales que preservan la vida humana, como por ejemplo: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 1), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3); Convención sobre la Eliminación de toda las

Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 4 inciso 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, tal como fuera expresado (artículo 4). Todos ellos, como ya lo he manifestado han sido ratificados por nuestra Ley Fundamental en su artículo 75 inciso 22. Razón por la cual la coherencia y el principio de legalidad es lo que debe imperar, más allá de lo que el clamor popular pueda requerir.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo expresado precedentemente y circunscripto al tema de la pena y los diversos factores que inciden en su aplicación, a principios de octubre de 2013 realicé una encuesta compuesta por la participación de veinte personas, de diverso sexo, edad y condición social, a los efectos que respondan las preguntas que a continuación habré de analizar porcentualmente, en cuanto a cada una de las respuestas dadas.

Pregunta nro. 1 que dice: ¿considera que el hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe? opciones de respuesta son: si, no, me abstengo de responder.

Un 65% respondió que sí y un 35% respondió que no.

Pregunta nro. 2 que dice: ¿por qué cree que una persona, en la mayoría de los casos, delinque? opciones de respuesta: por necesidad, por su historia de vida, por simple gusto, me abstengo de responder.

Un 25% respondió por necesidad, un 60% por su historia de vida, un 35% por gusto y un 10% se abstuvo de responder.

Pregunta nro. 3 que dice: ¿el aumento de penas puede resultar una de las soluciones para disminuir la comisión de delitos? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 35% respondió que si y un 65% respondió que no.

Pregunta nro. 4 que dice: ¿considera que el derecho penal puede contribuir a una mayor seguridad en la sociedad? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 40% respondió que sí y un 60% respondió que no.

Pregunta nro. 5 que dice: ¿considera que la educación y la inclusión social, entre otros factores, podrían contribuir a disminuir el índice delictivo? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 85% respondió que sí y un 15% respondió que no.

Pregunta nro. 6 que dice: ¿los conflictos podrían hallar una solución más justa y equitativa si, en principio y supervisado por el estado, se trata de llegar a un acuerdo entre víctima y victimario? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 35% respondió que sí, un 50% respondió que no, un 10% se abstuvo de responder.

Pregunta nro. 7 que dice: ¿considera que el estado, exclusivamente, es el que debe aplicar pena a quien ha delinquido? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 70% respondió que sí, y un 30% respondió que no.

Pregunta nro. 8 que dice: ¿cree que el encierro o la pena, por sí solos, sirven para resocializar a quien ha delinquido? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 20% respondió que sí, un 80% respondió que no.

Pregunta nro. 9 que dice: ¿tomaría para realizar un trabajo a una persona que haya delinquido? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 40% respondió que sí, un 45% respondió que no, y un 15% se abstuvo de responder.

Pregunta nro. 10 que dice: ¿la corrupción puede incrementar la comisión del delito? opciones de respuesta: si, no, me abstengo de responder.

Un 90% respondió que sí, y un 10% respondió que no.

Cabe destacar, entonces, que en relación a la encuesta precitada se pueden colegir diversas reflexiones, pero las más trascendentales, a mi criterio, resultan ser las siguientes:

1. que la mayoría de las personas continúan pensando en que el hombre es bueno por esencia;

2. que la causa de comisión de un delito se debe a la historia de vida del victimario. al respecto, uno de los pensamientos célebres del eximio filósofo y ensayista español, José Ortega y Gasset, decía: "yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo". razón por la cual, la "circunstancia" en la que se desarrolló la vida de quien cometió un delito puede ser consecuencia de su desdichado accionar;

3. que el aumento de penas no resulta ser una de las soluciones para disminuir la comisión de delitos;

4. que el derecho penal no puede contribuir a una mayor seguridad en la sociedad;

5. que la educación y la inclusión social, entre otros factores, podrían contribuir a disminuir el índice delictivo. Resulta dable apuntar, que la acepción de la palabra "educación" no debe ser otro que el de "formar", tal como Miguel Ángel educó, formó, esculpió el mármol en estado bruto para crear "El David". por lo que no debe confundirse la palabra "educación" con "instrucción", ya que existen muchos "instruidos" que no son "educados". prueba de lo expuesto pueden ser los llamados "ladrones de guantes blancos". integrada esta clase de personas que delinquen, por humanos que ostentan instrucción, y muchos de ellos, graduados en diversas ciencias universitarias, sin embargo el conocimiento adquirido no los exime de cometer acciones ilícitas. cabe destacar, en igual orden de ideas, lo dicho por el poeta africano Publio Terencio (191 a 159 a.C.): **"hombre soy: nada de lo humano me es ajeno";** por lo que la "educación" no deja de ser quien nos pone límites, para evitar caer en actitudes antisociales o violatorias de cualquier ordenamiento jurídico;

6. que los conflictos no podrían hallar solución más justa y equitativa, si se trata de llegar a un acuerdo entre víctima y victimario;

7. que no consideran que el estado, exclusivamente, es el que deba aplicar pena a quien ha delinquido;

8. que el encierro por sí solo, no sirve para resocializar a quien ha delinquido;

9. que no tomarían a personas que hayan delinquido para trabajar; y

10. que la corrupción puede incrementar la comisión del delito; resultando ser ésta, la respuesta que más porcentaje positivo tuvo.

Deseo puntualizar en este punto del trabajo que lo dicho se ensambla de manera idéntica con algunos conceptos vertidos por los propios imputados en su historia de vida. Tal circunstancia la he podido corroborar al leer los informes del departamento técnico criminológico del servicio penitenciario de la Provincia de Buenos Aires establecidos por el art. 13 del Código Penal para resolver, en el caso aludido, los pedidos del instituto de la libertad condicional.

A los efectos de ilustrar adecuadamente lo manifestado extractaré alguno de ellos, preservando, lógicamente, la identidad de los causantes.

Veamos.

Primer caso

La profesional psicóloga actuante de la unidad carcelaria nº 27 de Sierra Chica, perteneciente al Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, entrevistó el 27 de diciembre de 2005 a un interno cuya identidad reservo, de sexo masculino, de 24 años de edad. De dicha entrevista voy a transcribir en forma textual lo que su productora dijo: "de su historia de vida manifiesta (el interno) que proviene de una familia numerosa, que se sostenían económicamente por medio de la precariedad de los empleos de sus padres, por lo que explica que han sufrido necesidades básicas. Su infancia transcurre sin grandes conflictivas. Culmina los estudios primarios sin inconvenientes y seguidamente se inserta en el mercado laboral, junto a su padre, en un corralón de chatarras; esta actividad la desarrolló hasta los 15 años. Desde entonces solo realizó pequeñas changas, pobremente remuneradas. No posee oficio. De lo relatado se destaca que a partir de los 15 años, hay un corte en su vida, a partir de un incidente familiar. Su padre, al enterarse que consumía drogas, lo castiga de manera muy violenta. Por este hecho el interno se va de su casa y toma la decisión de unirse junto a grupo de pares marginales. Inferimos que por la numerosidad de la prole no tuvo una adecuada contención, y la imposición de límites surge como muy violenta sin una adecuada tramitación simbólica, por lo que él responde con otro acto, abandonando su casa. Ampliando, con respecto a la relación con las drogas, menciona que consumió desde los 15 años hasta caer detenido –marihuana,

cocaína, alcohol y otras-. En la actualidad descarta necesitar tratamiento, manifestando que todo tiene que ver con "la fuerza de voluntad", dado que no ha consumido desde que está detenido, y "cree" que no volverá a reincidir en el consumo. Afectivamente mantuvo una relación de concubinato con Valeria…, con quien posee un hijo de 5 años. Esta relación no continúa pero dice mantener buen trato con su hija. no estuvo alojado en institutos de menores, pero estuvo tres meses detenido en comisaría por una causa de robo. Observamos a un sujeto inmaduro e influenciable que implementa una instrumentación defensiva tendiente a disociar aspectos displacenteros mediante la escisión proyectiva, y las drogas actuarían en tal sentido. Junto con la lábil conformación yoica se descubre una escasa capacidad anticipatoria y control de sus impulsos. En la presente entrevista pude observar un posicionamiento evaluativo, pero éste es un proceso que se halla atravesando. Según la información vertida en nuestro legajo el interno se halla penado, por los delitos de robo calificado por el uso de armas en grado de tentativa, tenencia ilegal de arma de guerra y otros, a la pena única de seis años. Reconoce un pasado delictual, pero emplea justificativos minimizadores, cuasi exculpatorios, proyectivos y pobremente integrados, donde la responsabilidad que asume en los hechos es muy pobre.

Segundo caso

La entrevista psicológica fue realizada el 11 de noviembre de 2005 en la unidad carcelaria nº 1 de Olmos, respecto de un varón de 25 años de edad. En lo sustancial extraigo textualmente lo siguiente: "el interno expone poseer muy pobres recuerdos acerca de su figura materna. Manifestó poseer 3 hermanos de quienes él mismo sería el tercero en orden de nacimiento. Acerca de su historia vital el interno explicitó haberse criado junto a su padre y hermanos en la localidad de merlo. Invoca por otra parte que aunque su padre siempre habría trabajado, habría estado no obstante presente. Destaca además, que en aquellos momentos en que aquel tenía sus ocupaciones quedaban al cuidado de su hermano mayor, con quien se llevaría el interno aproximadamente 7 años de diferencia. Dice que a los 17 años habría consumido por primera vez marihuana. Explicita que una noche se encontraba en un cumpleaños de 15 y que lo habían invitado, invitación a la que habría accedido. El encartado reseñó mantener el hábito adictivo, hasta por lo menos un año de iniciado el mismo, entablando una

frecuencia semanal y consumiendo una cantidad de aproximadamente 2 ó 3 cigarrillos armados de marihuana cada vez. al adentrarnos en la conflictiva criminológica el interno manifiesta haber poseído antecedentes en su etapa de minoridad por los delitos de robo, en dos oportunidades. En ambas habría sido alojado en institutos de menores, permaneciendo varios meses en el mismo e incluso en uno de ellos hasta un año. Considerando su mayoría de edad y según mencionó, habría poseído una causa anterior a la actual por el delito de robo agravado y otros. Al indagar sobre los inicios en la actividad delictual, expone que al contar con 17 años habría incursionado. Como motivo manifiesta: "porque quería estar bien, era pibe y veía que todos tenían cosas y que yo quería. Por necesidad trabajaba y no me alcanzaba" (sic).

Tercer caso

El informe se realizó respecto de un interno en el que la entrevista se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2010 en la unidad carcelaria nº 28 de Magdalena. La auxiliar de asistente social, durante el desarrollo de la misma, la que se efectuó con una persona del sexo masculino, de 21 años de edad, expresó, conforme dichos del encartado que: "de su historia de vida, recuerda haber atravesado una infancia libre de conflictos, es a partir de su adolescencia cuando comienzan a suceder los cambios en la dinámica intrafamiliar tras la desilusión de su relación sentimental de sus padres. Comenta que a partir de este momento la imposición de pautas de convivencia aplicadas por su progenitor comienzan a perder importancia, ya que él mismo había decidido abandonar el hogar. Marca como elemento viabilizador de su permanencia en la vía pública, la ausencia de su madre durante gran parte del día por razones laborales. Comenta que la decisión de sus padres podría haberlo afectado emocionalmente ya que es justamente en este período de tiempo que abandona su educación escolar en momentos en que se encontraba cursando el noveno año de ESB y paralelamente comienza a frecuentar con pares que lo sumergen en el consumo de sustancias tóxicas, tales como marihuana y cocaína. Aduce no haberse sometido nunca a tratamiento terapéutico. De su relación con el delito refiere no contar con causas cuando era menor de edad, constituyéndose la actual en su primer inconveniente con la justicia. Acerca de las circunstancias que lo condujeron a su institucionalización relata que a los 17 años incursiona por única vez en el plano laboral junto a su abuelo paterno en el rubro de la

construcción, pero, su adicción y creencia de superioridad ante los demás lo conducen a abandonar dicho plano para abocarse al comercio ilícito".

Como podemos advertir de los informes reseñados existe un hilo conductor que los identifica. A**bandono, exclusión, falta de contención, falta de educación, indeterminación de un camino, de un fin, de proyectos.** En definitiva, ha existido ***falta de amor***. Entendida esta palabra en su acepción óntica. O sea, las falencias reseñadas, en sí mismas, no pueden concluir, en líneas generales, a la delincuencia. Pero quienes no están en condiciones de superar dichas circunstancias, a través de la resiliencia, la cuestión se torna de imposible retorno. He aquí otras de las causas que alimentan el por qué se forma una persona para cometer delitos.

Al entrevistar a una profesional en psicología que ejerce su funciones en el Servicio Penitenciario Federal frente a mi pregunta sobre situaciones vividas en una unidad carcelaria me comentó que: *"una tarde en la cárcel (unidad de detención nº 2 de Villa Devoto), algunos profesionales atendemos en los consultorios, otros almuerzan, otros están reunidos preparando un escrito, otros coordinando un taller. Era una tarde como cualquier otra, una tarde más. De repente, desde la planta alta baja un paciente, grita: "¡no aguanto más! se acercó el psiquiatra de guardia, que está por atender a otro paciente y le grita "con usted quiero hablar". Repite "¡no aguanto más!, me burlan ¡me tratan mal!". El psiquiatra se dispuso a escucharlo, el paciente miró a los celadores y comenzó a insultarlos. Entró en un consultorio, tomó una silla, la revoleó hacia el vacío, la pegó contra la pared, la rompió. Parecía que la intención no era lastimar a nadie. Daba la impresión de que era pura descarga. Los celadores, el psiquiatra, y el paciente "sacado" en un consultorio. Se hicieron presentes otros celadores, eran cinco. El paciente seguía gritando. Afuera varios profesionales se quedaron mirando expectantes la escena, sin saber cómo terminaría. Se preguntaban si llegaría una vez más el mismo final. Volvieron al consultorio, la secuencia siguió, los gritos también. Los cinco celadores agarraron al paciente, cada uno de una extremidad. El paciente se sostuvo de lo que encontraba a mano: la corbata de uno de los celadores. Le gritó una frase de guerra: "no me aguantas un round". Los celadores siguieron haciendo su trabajo. Lo "redujeron", lo frenaron. El paciente lloró, lloró y lloró. Soltó la corbata, miró a*

los celadores. Parecía que en ese momento los pudo mirar. Parecía que recién los veía. Les dijo, continuando con su llanto: ***"no es con ustedes, es la historia de mi vida. Mi mamá me abandonó. Estoy harto de que me carguen, me burlen y me peguen. Estoy acá porque me mandaron a robar, si no lo hacía me pegaban o me mataban. Yo no soy siquiera como los demás…no soy ladrón".***

Se sumó el psiquiatra tratante del paciente al consultorio. Le dijo: "ya te van a soltar". El paciente pidió que no lo soltaran. Había algo ahí, en la intervención del Servicio Penitenciario Federal que lo sostenía, lo acotaba. ***Algo de esto escuchó el psiquiatra, que se sentó en el piso, a su lado, ni atrás, ni adelante, a su lado.*** *Le acarició la espalda. Lo sostuvo de otro modo. Los celadores lo soltaron y se fueron. El paciente se calmó, algo de su cuerpo pareció haberse rearmado. En el consultorio quedaron el psiquiatra y el paciente. En esa intimidad. Nadie más.*

Del real y dramático acontecimiento narrado, puedo colegir - tal como lo afirmara el reconocido Abogado, Especialista en Derecho Penal y Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, Catedrático de Derecho Penal, ex Decano y actual Director del Departamento de Derecho Penal de la citada Casa de Altos Estudios de España, **Dr. SANTIAGO MIR PUIG -,** que**:** "***no sirve aumentar las penas contra los delincuentes***". Entendiéndosela a la **pena**, en su sentido etimológico. O sea, como **castigo, dolor, tormento, sufrimiento, padecimiento.**

El Profesor MIR PUIG, durante su estadía en argentina al celebrarse el primer congreso internacional de derecho penal, disertó acerca de que "***el éxito del derecho penal no hay que medirlo respecto de los delitos que se comenten, sino de los que no se cometen*****".** **E**stas palabras me recuerdan a las que esbozara el gran sanitarista argentino y Ministro de Salud Pública de la Nación Argentina, durante los años 1946 a 1954, el **Dr. RAMÓN CARRILLO**, al decir, que **"*la salud de un país no se mide por las personas que se atienden en un hospital, sino por las personas que no necesitan ir a un hospital*"**. Por lo tanto, la prevención o previsibilidad son la base de la convivencia y grandeza de un país.

Más que leyes hacen falta políticas públicas, garantizar las condiciones necesarias para convertir un texto en un instrumento eficaz, capaz de dar respuestas eficientes.

A su vez, el Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, entendió que "***encerrar no es la solución***". Que el tema de la inseguridad no pasa por destrozar el código penal ni por un régimen de tolerancia cero. Dijo, que en los últimos 15 años se triplicó el número de presos y todo sigue igual o aún peor. Dio soluciones al respecto. Crear un observatorio de política criminal, el que no deberá depender de ninguno de los segmentos del sistema penal –policía, poder judicial, ministerio público- y que esté integrado por sociólogos, psicólogos sociales y algunos abogados. El objetivo sería cumplir dos funciones: 1) investigar la conflictividad violenta (robo, robo con lesiones, homicidio) consignando hora, lugar, armas, características de la víctima (edad, sexo y motivo) y del victimario. Con estos datos precisar grupos de riesgo, tanto de víctimas como de los autores de los delitos, para delinear las medidas concretas para prevenir cada uno de estos delitos; y 2) la de prevención de la causa del problema (prevención primaria o general) y también prevención secundaria o policial. No es una novedad. En Gran Bretaña estos datos los arma el Ministerio del Interior (home office) y en Estados Unidos, el Instituto de Criminología de las distintas universidades.

e) Conclusión parcial

Por un lado se busca el aumento de las penas de reclusión o prisión para solucionar la comisión de delitos, olvidando que su aplicación resulta ser el fracaso de la convivencia social. Mientras que los seguidores de la otra corriente, entre las que me incluyo, entienden que en la aplicación del derecho penal, debe primar el principio de proporcionalidad y no el de arbitrariedad, alejado este último de los preceptos que le son propios a cualquier estado democrático.

Al decir JEAN-JACQUES ROUSSEAU que "el hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe", dicha frase alude a que **el hombre es producto de la sociedad**. Dice esto ya que, cada individuo, cuando nace, carece de una estructura de pensamiento moral o social, y éste debe captar las normas sociales que cada "pueblo" tiene, e incluso una específica manera de pensar. También, el estado y sus instituciones se apoderan de los conceptos morales y éticos, manejándose a su antojo e imponiéndoselas a los individuos. Por lo tanto, el individuo no nace ya con una personalidad o moralidad, las adquiere a medida que se va adentrando en la sociedad, y va adquiriendo los modelos sociales que ésta le impone, dejando el estado de "pureza" que tenía al nacer.

5. Modos de cumplimiento de las penas de reclusión o prisión

Si bien este trabajo persigue clarificar, o, al menos, razonar que la aplicación de una pena, en sí misma, no sólo que no tiene ningún efecto positivo para quien la sufre; menos aún la tiene para quien ha padecido los avatares de un acontecimiento disvalioso, salvo poder zacear de alguna manera la angustia o la venganza privada por parte de quien resultó damnificado. Circunstancia esta última que inequívocamente no se torna admisible. Venganza que en definitiva nos llevará a una cadena de violencia que nos genera un estrés, con el consiguiente resultado dañino para nosotros mismos. o sea, ante cualquier conflicto que podamos vivir, tanto sea familiar, laboral o social lo que debemos procurar es "preservarnos". No dejar que el conflicto nos ahogue, nos quite las ganas de vivir. El conflicto es un sufrimiento absurdo que se mantiene y crece en el tiempo a causa de la idea generalizada (y errónea) que ve al conflicto como algo malo. el conflicto no es malo en sí mismo. La vida está llena de ellos. Lo único que hace el conflicto es encender una luz amarilla. Es una advertencia de que algo no funciona. Lo que corresponde hacer; no eliminarlo, sino prestar atención a lo que está funcionando mal y aprovechar la oportunidad de cambio que toda crisis ofrece. Lógicamente, los conflictos que nacen de sucesos de índole penal, emergen de políticas criminales que probablemente adolezcan de un diagnóstico criminológico adecuado. Un conflicto mal manejado lleva a la decadencia y el desastre tanto a una familia, como a una institución, un negocio o un país.

Ahora, en cuanto a cuestiones inherentes a quienes han recibido pena debo decir, en términos técnicos, que existen dos leyes importantes que utilizamos a diario, para resolver institutos que hacen al derecho que tienen los condenados a penas privativas de libertad. En la Provincia de Buenos Aires, la ley 12.256, y en la Nación, la ley 24.660. cada una de ellas enarbola las banderas de un justo tratamiento a los condenados mediante institutos tales como: régimen abierto (son derechos en los cuales se conceden programas que implican autogestión. las dependencias garantizarán un nivel adecuado de privacidad, careciendo de guardia armada uniformada, muros perimetrales, rejas u otras formas de contención respecto de los penados); salidas transitorias; prisión discontinua; prisión domiciliaria; libertad asistida o libertad condicional (establecido este último derecho en el artículo 13 del Código Penal).

Aunque para algunos juristas estos tipos de regímenes no dejan de procurar resocializar al condenado para que éste vuelva a la sociedad a luchar en pos del bien común, para otros, la resocialización intramuros es una utopía.

Resulta muy difícil saber determinar la certeza de cada postura, lo que sí se puede asegurar es que el encierro muy probablemente deje huellas insalvables en cualquier justiciable difícil de restaurar.

a) Conclusión parcial

Conforme los regímenes imperantes en nuestro sistema jurídico procesal respecto de la ejecución de las penas, emergen de los mismos la idea de que la pena, como en sí misma no ofrece ningún carácter "purificador" en la persona, buscan dichos sistemas legales atenuar el sentido perjudicial que en su inicio se le daba a las sanciones punitivas para tratar de que el estado, en su carácter de titular del monopolio sancionador, les ofrezca a los condenados institutos que sirvan para su corrección, y no como castigo.

III. CONCLUSIÓN FINAL

En el comienzo de esta conclusión resulta de importantísimo valor saber que la etimología de la palabra **pena** deriva del latín –poena- y significa **"castigo, dolor, tormento, sufrimiento, padecimiento".** De la pena hay centenares de definiciones, pero podemos adoptar aquella que sostiene que es una privación o restricción de bienes jurídicos impuesta al culpable de una infracción penal, conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes.

Razón por la cual, y partiendo de dichos conceptos mal puede una pena concebirse como una panacea para quien la cumple ni tampoco, en contraposición, para quien ha resultado perjudicado en un hecho ilícito.

Por otra parte, cuando la capacidad de reacción a la norma está intensamente disminuida por la situación y posición de alta vulnerabilidad proveniente de marginación social, económica o cultural, la sociedad debe asumir su responsabilidad y el riesgo, a los fines de no continuar en un proceso de exclusión social –como es el castigo- estigmatizando a los sectores más desprotegidos y vulnerables y en donde la gravedad y violencia intrínseca del sistema penal los condena aún más al dolor y al deterioro de sus posibilidades de realización y dignidad personal.

Es obligación del Estado y sus funcionarios dar este salto cualitativo, en cuanto a la relación sanción-efecto, pero por supuesto también, existe gran responsabilidad de profesores, académicos y estudiantes en su formación, no profundizar aún más a través del derecho y el saber penal, el proceso de exclusión social que ya es una realidad grave y estructural.

Si bien todos los humanos tenemos el derecho fundamental a la vida y a la libertad, estos valores debemos gozarlos pero en relación con el otro, y no sólo en función a sí mismo. O sea, los derechos de cada uno de nosotros no deben pasar la frontera de los derechos del prójimo. Por lo tanto, debe prevalecer en los miembros de una comunidad el imperativo categórico que KANT tan sabiamente nos inculca: ***"obra de manera tal que tu conducta se erija como norma de conducta universal"***. Ésa, y no otra, debe ser la razón y fin de nuestro proceder social.

En otros términos, pero en igual andarivel ideológico, estoy convencido de que el mal existe en nuestra sociedad desde su génesis. Razón por la cual todo lo que no tiende al bien común debe asimilarse al mal.

También es mi postura, que el estado debe existir. que el estado no tiene un fin único, aunque su "fin único" pueda resumirse en fórmulas más o menos vagas, como el "bienestar general" o el "bien público temporal", a las que puede insuflarse cualquier contenido concreto. Que el Estado tiene, en términos generales, un fin último, que es la promoción de los intereses generales y colectivos, frente a los intereses particulares, aunque el "bien común", también sea la resultante de la conservación de las condiciones necesarias para que aquellos individuos puedan alcanzar la posibilidad de satisfacer sus intereses individuales. Que entre las funciones del Estado, se encuentra la de asegurar el orden mínimo que implica la efectividad de un derecho penal y asegurar la obtención de justicia en las desavenencias entre particulares, y de éstos con el Estado.

Por lo tanto si el mal existe es el propio Estado el que debe reencauzar a quienes cometen esos males; o transgresiones al sistema jurídico. Ahora, si la pena, conforme su etimología, significa: **"castigo, dolor, tormento, sufrimiento, padecimiento";** y el fin del estado es el de alcanzar el "bien general" de todos los ciudadanos ¿puede el Estado aplicar penas, en el sentido etimológico de la palabra? entiendo que no, ya que iría contra sus propias finalidades. ***Es por ello que el antídoto o, en términos jurídicos, el correctivo -mal llamado a mi criterio: "pena"- para quien se aparte de la ley, debería ser aplicado conforme los principios de un "derecho correctivo mínimo", racional y***

proporcional con la lesión jurídica realizada precisamente para corregir la conducta desviada, propendiendo, en un comienzo, a una mediación entre víctima y victimario, fiscalizada por el estado; para recién, fracasado dicho acuerdo, actuar el estado en función de los principios citados precedentemente. De esta manera se trataría de conciliar o acordar los intereses tanto del victimario como de la víctima; ya que buscar la reparación de una lesión jurídica-penal a través de la teoría retributiva de la pena, en donde lo único que se persigue es la reparación del daño ocasionado mediante la aplicación de una sanción, el único objetivo que se alcanza no es otro que el de la propia satisfacción estadual.

Por otra parte, al decir del Dr. ZAFFARONI, "***el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad".***

No es menos cierto que "más vale un ejemplo que mil palabras", por lo que la ética de quienes ejercen cargos públicos es fundamental para ser imitados en sus conductas. De allí emergerá la prudencia necesaria para evitar dictar resoluciones arbitrarias.

Cabe aquí recordar, como complemento normativo de lo expresado, el **artículo 902 del Código Civil –derogado- y que fue convalidado por el actual Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1725 expresa: "*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias". En léxico vulgar esta hermosa norma se la podría expresar así: "cuanto mayor sea el nivel o la jerarquía de una persona, mayor será su responsabilidad".***

En oposición absoluta a lo dicho, pero como ejemplo de lo antiético digo: si existen los llamados "piratas del asfalto" o sustracciones ilegales en rutas o caminos, es porque existen personas que se benefician con lo producido ilícitamente abonando por un determinado producto precios no razonables. Por lo tanto, la sociedad toda debe velar por el mantenimiento del orden público para no alimentar maniobras reñidas con la ley.

En principio, la corrupción, la falta de educación, la exclusión social, el desamparo, la codicia, son cuestiones que por sí solas no justifican la comisión del delito, pero para quien no se encuentra en condiciones de poder superar dichas

falencias, los resultados resultan ser ciertamente perjudiciales, no sólo para quien transgrede la ley, sino a quien lo perjudica.

Lo que puedo aseverar es que la pena no corrige a nadie en su integridad como persona, sino que la denigra.

Sin apartarme de la concepción ideológica que enarbolo en este trabajo, no puedo dejar de destacar que la pérdida del sentido humanístico precedido por el amor parece avanzar en el mundo con ánimo de victoria. Es por eso, que la humanización permanente de nuestras acciones, sean familiares o sociales, podría resultar ser el antídoto necesario para procurar ser felices, fin y sentido en la vida de todo mortal. En igual andarivel ideológico destaco las sabias palabras del gran filósofo español, **FERNANDO SAVATER** al manifestar: "***que la educación es la única revolución sin sangre, no violenta y en profundidad de nuestras culturas y nuestros valores***". Por su parte, **NELSON MANDELA**, elevado a la categoría de una de las figuras más carismáticas e influyentes del siglo XX, que ingresó a la historia como encarnación de la lucha por la libertad y la justicia como símbolo de toda una nación, decía que: ***"la educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo"***. En homenaje a loos postulados expuestos he de señalar, que un país sin educación, es un país sin futuro.

Como corolario de estas reflexiones he analizado, entre otras, situaciones en las que el poder fue protagonista esencial. Por lo tanto, el deseo que postulo es que el sentido de justicia como virtud, sea la única excelsa cualidad que pueda zanjar cualquier situación de conflicto, para que donde haya sombra se haga la luz.

Por último, en aras de contribuir a la paz en el mundo, permítaseme exhortar a quienes tienen la noble e inmensa responsabilidad de resolver y juzgar actitudes humanas; a través de las palabras del gran estadista y Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica **JOHN FITZGERALD KENNEDY**, asesinado el 22 de noviembre de 1963, en Dallas, Texas, exteriorizando uno de sus pensamientos: ***"que los fuertes sean justos para bien de los débiles".***

Bibliografía

FERRAJOLI, L.: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 3º edición, editorial Trotta, Madrid, 1998.

GELLI, M. A.: Constitución de la Nación Argentina, edición 2009, editorial La Ley.

LÓPEZ, A. / MACHADO, R.: Análisis del Régimen de Ejecución Penal, edición 2004, Editor Fabián J. Di Plácido.

LUHMANN, N.: Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, edición 2004, editorial Ediciones Paidós Ibérica S.A.

MAIER, J. B. J.: Derecho Procesal Penal, edición 1999, Editores del Puerto S.R.L..

MIR PUIG, S.: Estado, pena y delito, edición 2006, editorial B de F.

RIGHI, E.: Derecho Penal-Parte General, edición 2008, editores Lexis Nexis Argentina S.A..

ROUSSEAU, J. J.: El Contrato Social, edición 2009, traducción, recopilación, prólogo y notas del célebre crítico literario Juan Bautista Verruga y José Bullejos; editorial Ediciones Ibéricas.

SILVESTRONI, M. H.: Teoría constitucional del delito, edición 2007, Editores del Puerto S.R.L..

WEINSTEIN, F. M.: Ley nº 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense, edición 2006, Ediciones Jurídicas Omar Favale.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.: Derecho Penal. Parte General, edición 2010, editorial Ediar.

* * * * * *

Rocío Gutiérrez Gallardo
Letrada Sustituta de la Administración de Justicia, Tarragona. Socia de la FICP.

~Tratamiento penitenciario del Programa Marco de Prevención de Suicidios*~

El suicidio es la muerte más devastadora, porque al dolor de la pérdida se añade el derivado de la culpa y las explicaciones, señala ECHEBURÚA[1].

Según el primer informe la OMS sobre prevención del suicidio, cada año más de 800.000 personas se quitan la vida, lo que representa aproximadamente un suicidio cada 40 segundos.

En todo el mundo, los métodos más comunes de suicidios son la intoxicación por plaguicidas, el ahorcamiento y las armas de fuego. En España, el método más usado por los suicidas varones, es el ahorcamiento, mientras que las mujeres prefieren la intoxicación por fármacos.

Para reducir las defunciones por suicidio, es imprescindible un compromiso de los gobiernos nacionales respecto del establecimiento y aplicación de un plan de acción coordinado. En la actualidad, según los datos disponibles, solo 28 países tienen estrategias nacionales de prevención de suicidios[2].

En este artículo, analizaremos únicamente los suicidios producidos dentro de los centros penitenciarios de nuestro país y tomando como referencia los datos estadísticos que constan publicados del año 2014, dado que los del año 2015 aún no han sido publicados.

La conducta suicida de las personas ingresadas en prisión es una de las principales preocupaciones de las Instituciones Penitenciarias de toda Europa. De conformidad con el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General de la Administración Penitenciaria corresponde a ésta "velar por la vida, la integridad y la salud de los internos" por ello,

---

* Comunicación presentada al III Congreso Nacional Penitenciario Legionense, celebrado los días 9 y 10-5-2016 en la Univ. de León, Facultad de Derecho, y dirigido por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Las Actas del III Congreso se encuentran disponibles en la página web de la FICP www.ficp.es en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

[1] La información, 11-09-2014. Recurso electrónico disponible en: http://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/el-suicidio-causa-mas-muertes-que-los-accidentes-de-trafico-trabajo-y-homicidios-juntos_TEOYdrwJVDecIIx35yZER1/

[2] Informe de la OMS sobre prevención del suicidio. Comunicado de prensa de 4-09-2014 disponible en: www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/suicide-prevention-report/es/.

desde hace años viene desarrollando programas individualizados de detección de conductas suicidas dentro de los establecimientos penitenciarios.

En el año 2014 se dictó la Instrucción 5/2014 que derogaba la anterior Instrucción 14/2015, por la que se establece el Programa Marco de Prevención de Suicidios (PPS) con el objetivo de ayudar a la detección de conductas suicidas entre los internos y establecer las medidas a adoptar ante una situación de riesgo para los reclusos.

La instrucción indica como factores que pueden propiciar la conducta suicida:

- El impacto psicológico de la detención y el encarcelamiento o del estrés cotidiano asociado a la vida de la prisión, que puede exceder de las habilidades de afrontamiento de los sujetos más vulnerables.
- La afectación que la comisión del delito y de modo singular los delitos contra las personas, contra la libertad sexual y de violencia familiar, producen en algunas personas, no solo al iniciar su estancia en prisión, sino también cuando la prolongación de la condena debilita los resortes del equilibrio emotivo.
- La resonancia que ejerce sobre el recluso ver publicada en los medios de comunicación su actividad delictiva.
- El abatimiento que la reducción a un género de vida penitenciario produce en las personas que han cometido delitos de carácter económico y ven esfumarse un prototipo de realidad económica soñado.
- La añoranza, separación y pérdida de lazos familiares.
- La repercusión que los cambios en la situación procesal-penal y penitenciaria pueden suponer en el equilibrio personal del interno.
- La enfermedad mental.
- El abuso crónico de sustancias, particularmente el alcohol.
- El historial previo, personal y familiar de conductas suicidas[3].

[3] Instrucción 5/2014 del Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. 7 de marzo de 2014.

Un claro ejemplo de esto, lo vimos en enero de 2016 cuando el presunto asesino de la joven Eva Blanco aparecía ahorcado en su celda de Alcalá Meco, con los cordones de sus zapatillas, al no poder superar la repercusión social que tuvo su caso.

La Instrucción 5/2014 profundiza más de lo que lo hacía la anterior, en establecer principios básicos de organización de los centros penitenciarios, de los que se deberá dar máxima difusión a todo su personal para conseguir los objetivos perseguidos.

Todo el personal penitenciario debe conocer y dar cumplimiento al Programa de Prevención de Suicidios, (a partir de ahora PPS), comunicando de forma directa e inmediata cualquier posible situación de riesgo que detecten, ya sea desde el área de la vigilancia o desde el área sanitaria o tratamiento, evitando en la medida de lo posible, que una excesiva burocracia dificulte la inmediata aplicación del PPS y el interno acabe suicidándose por falta de respuesta. Así mismo, el trabajo de observación y detección de situaciones no finaliza cuando el interno es dado de baja en el PPS, sino que, como se explicará perdura un tiempo.

Desde 2013 existe una Comisión de seguimiento y evaluación de la Instrucción sobre programa marco de prevención de suicidios, que con la periodicidad que resulte necesaria analiza el contenido de esta Instrucción, su actualización y analiza las conductas suicidas, tentadas, consumadas o frustradas, para facilitar su prevención[4].

En el año 2013 se produjeron 31 muertes por suicidio en nuestros centros penitenciarios. Durante el año 2014 hubo una leve mejoría de la tasa de suicidios pues se notificaron al Registro de Fallecimientos de Instituciones Penitenciarias 128 muertes, de las que 24 fueron suicidios[5]. Aun así, las muertes por suicidio siguen siendo la cuarta causa de fallecimiento dentro de los centros penitenciarios, tras la muerte natural, la muerte por Sida y el fallecimiento por reacciones adversas a las drogas.

El objetivo principal del PPS es:

- Aplicar sistemáticamente pautas de prevención a los grupos definidos de riesgo.
- Detectar internos con problemas específicos que puedan derivar en una conducta autolítica.

[4] Instrucción 5/2014 del Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. 7 de marzo de 2014.

[5] Informe Mortalidad en IIPP 2014 del Ministerio del Interior. Secretaría General de IIPP. Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria.

- Evitar el desenlace negativo de los internos incluidos en el protocolo de intervención.
- Determinar claramente el proceso y pautas de intervención por parte de los distintos profesionales de vigilancia, tratamiento y sanidad.

Una vez detectado un posible caso, la persona reclusa pasa a ser incluida en un protocolo de actuación. Primero es evaluada por el médico y el psicólogo, independientemente de las medidas urgentes que preventivamente se hayan adoptado ya. Seguidamente se determina el proceso y las pautas de intervención de los distintos profesionales de vigilancia, tratamiento y sanidad. Además, puede contarse con los internos de apoyo, aunque en ningún caso sustituyen a los profesionales.

Semanalmente se evalúa la evolución del caso, acordando el mantenimiento en el programa, la modificación de las medidas adoptadas, o en caso de dejar de existir riesgo, la baja del mismo.[6]

Los internos de apoyo son reclusos que voluntariamente, tras la realización de los correspondientes cursos de formación facilitados por los propios centros penitenciarios, y pasar un proceso de selección por la Junta de Tratamiento, informada por el Funcionario encargado del Módulo en que resida el interno y por su Educador y tras la realización de una entrevista con el psicólogo y el médico del centro. Serán seleccionados para formar parte del grupo de internos de apoyo, los reclusos que los soliciten y presenten la adecuada capacitación, actitud y motivación; posean una situación estable en el centro, sin traslados previsibles y con una fecha previsible para su libertad de al menos un año; carezcan de antecedentes de autolesiones o de enfermedad mental grave y no presenten consumo activo de drogas.

El Equipo de Subdirectores asignará, de entre los disponibles, al interno de apoyo que debe atender a un caso incluido en PPS, así como a los profesionales, dentro de su correspondiente área funcional, que deben impartir las instrucciones específicas al interno de apoyo, instrucciones que deberán impartirse ante el Funcionario encargado de la Vigilancia del Módulo en el que vaya a desempeñar su actividad.

La falta de interés en el desempeño de la actividad, la notoria incapacidad, el incumplimiento de las normas que se impartas o la ausencia injustificada a las reuniones

[6] Programa de Prevención de Suicidios, Ministerio del Interior: información disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/prevencionSuicidios.html.

de coordinación que se convoquen, será causa de exclusión del grupo de internos de apoyo. Por el contrario, y dado que la participación en estas actividades son signos claros de una línea de reeducación y reinserción, la Comisión Disciplinaria y Junta de Tratamiento concederán las recompensas y beneficios que consideren procedentes para la debida incentivación de los reclusos del grupo de apoyo.

Entre las funciones de los internos de apoyo pueden distinguirse:

1. Acompañamiento a internos incluidos en el programa PPS, con diferentes niveles de seguimiento:

- Compartir celda.
- Acompañamiento, además, en todas las actividades no colectivas.
- Acompañamiento las 24 horas, es lo que se denomina interno de apoyo sombra.

2. Presencia en espacios y momentos especialmente sensibles, como es el Departamento de ingresos.

3. Observación preventiva en módulos ordinarios.[7]

Pese a los esfuerzos de la Administración Penitenciaria por erradicar de sus estadísticas los fallecimientos por suicidio en los establecimientos penitenciarios, en el año 2014 el número de fallecimientos que tuvieron como causa el suicidio, fue 24, siendo la tasa de incidencia de 0,42 internos por mil internos, se hace notar que, en el 2013, la tasa de incidencia fue de un 0,53 por mil internos. En cuanto a la distribución por sexo, 22 eran hombres y 2 mujeres.

Las tasas citadas, aunque sensiblemente inferiores a las habituales en la Unión Europea, son superiores a las de la población general para estos grupos de edad. La causa radica en que en la población penitenciaria se concentran muchos de los factores de riesgo que la OMS asocia al suicidio, tales como la ruptura de relaciones familiares y aislamiento social, problemas jurídicos, nivel socioeconómico bajo, abuso de alcohol y drogas, trastornos mentales (depresión y esquizofrenia), trastornos d la personalidad y padecer enfermedades orgánicas graves que acorten la esperanza de vida (sida, tumores.)

[7] Instrucción 5/2014 del Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria. 7 de marzo de 2014.

La edad media de los fallecidos por suicidio (38,4 años) es inferior a la del total de los fallecidos por otras causas en establecimientos penitenciarios en 2014 (48,3 años). En los 24 casos el método utilizado para suicidarse fue el ahorcamiento. [8]

El nuevo Programa Marco de Prevención de Suicidios entró en vigor en marzo de 2014, intensificando tanto la vigilancia de los factores de riesgo, como las posibles situaciones desencadenantes de la conducta suicida desde el ingreso del interno, con el objetivo de detectar el riesgo de suicidio lo antes posible y coordinar la puesta en marcha de una serie de actuaciones multidisciplinares tendentes a evitar la conducta suicida, habiéndose apercibido una tendencia descendente en la tasa.

Conclusión, el deber que la Administración Penitenciaria tiene de velar por la vida, integridad y salud de los internos no puede cumplirse sin la implicación de todo el personal adscrito a los centros penitenciarios y en especial, el personal de vigilancia como conocedor de primera mano de las pautas de comportamiento que tiene cada interno y de sus variaciones. La observación directa del interno y sus cambios de comportamiento, (extrema tristeza, búsqueda de la soledad continua..) es el eslabón inicial para la prevención de suicidios, no debiendo dejar pasar por alto ningún signo, por mínimo que sea, de estar sufriendo un episodio de crisis, y una vez esto es observado, la excesiva burocracia no puede tener como fin que la debida ayuda no llegue a tiempo al interno que está sufriendo, por lo que también deberán establecerse sistemas eficaces de aviso inmediato al Jefe de Servicios o al Subdirector que corresponda de las alertas detectadas, todo ello en aras a conseguir que los suicidios en nuestros centros penitenciarios sea un fenómeno con tasa cero.

* * * * * *

[8] Informe Mortalidad en IIPP 2014 del Ministerio del Interior. Secretaría General de IIPP. Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria.

Comunicaciones presentadas en el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá*

Alfonso Allué Fuentes
Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~El nuevo régimen de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su reforma por la Ley Orgánica 13/2015: principios rectores y presupuestos. Referencias a la solicitud de intervención y a la resolución judicial habilitante~

I. INTRODUCCIÓN

Tanto las comunicaciones telefónicas como las que se sirven de un formato telemático presentan un elemento en común de naturaleza constitucional: el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 de la Constitución Española (CE). Dicho carácter secreto ya fue interpretado por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, como un instrumento al servicio de la libertad: la Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones precisamente para que éstas puedan realizarse con libertad, sin importar el medio a través del cual se produzcan[1]. Además, también comparten los mismos principios rectores y garantías procesales cuando se trata de su interceptación. Sobre esta base, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, ha introducido un cambio de primera magnitud al diferenciar expresamente y por primera vez en el texto legal entre comunicaciones telefónicas y telemáticas, como se desprende de la rúbrica del Capítulo V del Título VIII, Libro II. A partir de ahora, cada una de estas formas de intercomunicación goza de sustantividad propia y merece un tratamiento diferenciado, por lo que el correo electrónico, los mensajes multimedia y cualquier otra modalidad de mensajería instantánea dejan de considerarse meros datos

* Seminario celebrado los días 2 y 3-6-2016. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña. Organizado por la FICP y el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá. Univ. de Alcalá, Facultad de Derecho. Alcalá de Henares, Madrid, España. Las Actas del XIX Seminario se encuentran disponibles en la página web de la FICP www.ficp.es en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

[1] DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH, Revista Foro FICP, 2015-3, p. 364.

electrónicos asociados a las comunicaciones telefónicas, y ello sin perjuicio de la necesidad de contar con una resolución judicial que constituya el presupuesto habilitante del acto de injerencia, cualificada por un reforzado deber de motivación.

En el ámbito de una investigación penal, la necesidad de invadir el espacio comunicativo ha de aparecer debidamente justificada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial, y después validada por el órgano jurisdiccional, a quien corresponde efectuar un juicio de ponderación entre el interés público, referido a la persecución del hecho punible, y el interés particular del investigado en preservar su derecho al secreto de las comunicaciones. Por eso hay que tomar en cuenta que tras la mencionada reforma de la ley procesal no cabe seguir considerando que otras formas de comunicación posibles, además de la telefónica, sean elementos secundarios o accesorios de esta última, implícitamente sacrificables y sin necesidad de motivación alguna; mantener esta posición supondría defender una idea especialmente estrecha acerca de los derechos fundamentales[2].

El texto actual viene a paliar la inseguridad jurídica que generaba la redacción anterior del art. 579 LECrim, cuyas insuficiencias tenían que ser reducidas mediante declaraciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo[3]. Precisamente la STS 999/2004, de 19 de septiembre, que resume la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[4], indica que "las interceptaciones de las comunicaciones deben siempre fundarse en una ley de singular precisión, clara y detallada, han de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y ser realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo además posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere *ex post* a la práctica de la interceptación".

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIDA DE INJERENCIA

La legitimidad del acto jurisdiccional de injerencia en el secreto de las comunicaciones descansa en los principios que expresamente contempla el art. 588 bis.a LECrim. Tales principios ya han sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional con anterioridad a la reforma, como a título ilustrativo acontece en la STC 253/2006, de 11 de septiembre: "… en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en

[2] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 200-203.

[3] DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones (…), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 365.

[4] SSTEDH 6-9-1978 (caso Klass); 25-3-1983 (caso Silver); 24-4-1999 (caso Huvig y caso Kruslin).

primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no sólo debe atenderse a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención ha de estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que sólo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación".

También el Tribunal Supremo, por su parte, ha desarrollado en diversidad de sentencias los requisitos de legitimidad y validez de las intervenciones, exigiendo: exclusividad jurisdiccional y finalidad exclusivamente probatoria (STS 12 de septiembre 1994); excepcionalidad de la medida y proporcionalidad (STS 20 de mayo 1994); limitación temporal (STS 9 de mayo 1994); identificación de los sujetos implicados, sean titulares o meros usuarios (STS 25 de junio 1993); indicios delictivos y no meras conjeturas o sospechas (STS 18 de abril 1994); un procedimiento penal abierto (STS 25 de marzo 1994); resolución judicial motivada (SSTS 18 de abril, 20 de mayo y 12 de septiembre 1994); y control judicial de la intervención (STS 18 de abril 1994)[5].

En síntesis, los principios que han de inspirar la medida de injerencia son los siguientes:

1. Principio de especialidad

La especialidad prohíbe las denominadas "intervenciones prospectivas", que se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con la sola finalidad de indagar lo que pueda hallarse. Esta finalidad de prospección queda neutralizada por el requerimiento de que se acuerde la medida de injerencia para la investigación de un delito concreto cuyos indicios ya constan en un estado incipiente del proceso (art. 588 bis.a.2). En palabras de la STS 393/2012, de 29 de mayo: "… no cabe decretar la intervención telefónica para

[5] DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., La intervención de las comunicaciones (…), Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 368-369.

propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco…".

2. Principio de idoneidad

Sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad (art. 588 bis.a.3). Es decir, que la resolución habilitante de la injerencia ha de llevar a cabo un juicio de idoneidad sobre su ámbito y el fin que la justifica, especificando entre otros aspectos su duración.

3. Principios de excepcionalidad y necesidad

Responden a la idea de ausencia de alternativa investigadora, por cuanto según dispone el art. 588 bis.a.4 solamente podrá acordarse la medida de injerencia en dos supuestos:

a) Cuando en la investigación que se está desarrollando no existen otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.

b) Cuando el desenvolvimiento de la actividad instructora se vea gravemente dificultado sin el recurso a esta medida.

Consecuencia de este principio es que la medida de injerencia en las comunicaciones no constituye un medio ordinario o normal de investigación, sino precisamente excepcional por ser limitador de un derecho fundamental, por lo que el recurso al mismo habrá de ser restringido: se requiere su solicitud durante una actividad inicial instructora, precedida de una suficiente investigación policial cuyo avance necesita, por su dificultad, de una intervención de las comunicaciones. De este modo, la excepcionalidad se complementa con otros principios como los de idoneidad, necesidad y subsidiariedad, formando en conjunto un todo inseparable[6].

4. Principio de proporcionalidad

Como ya se ha indicado anteriormente, corresponde al órgano jurisdiccional efectuar un juicio de ponderación entre el interés público, referido a la persecución del hecho punible, y el interés particular del investigado en preservar su derecho al secreto

[6] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, Revista Foro FICP, 2015-3, p. 282.

de las comunicaciones. Así se deprende del art. 588 bis.a.5, según el cual la valoración del interés público, en su ponderación con otros intereses en conflicto, se somete a determinados parámetros como la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de su producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

En tema de proporcionalidad, la STC 96/2012, de 7 de mayo, con cita de otras, declara que "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Sobre esta base, la proporcionalidad exige que la investigación recaiga sobre algún delito grave, con el fin de que exista una ponderada adecuación entre el mismo y la vulneración del derecho fundamental para facilitar su descubrimiento[7].

III. PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA DE INJERENCIA

La aplicación combinada de los arts. 588 ter.a y 579.1 LECrim ofrece el repertorio de delitos cuya presunta comisión puede desembocar en una resolución por la que se acuerde la medida de injerencia en las comunicaciones: delitos dolosos castigados con pena de prisión cuyo límite máximo sea de al menos tres años; delitos cometidos en el ámbito de una organización o grupo criminal; delitos de terrorismo; y delitos cometidos a través de medios informáticos.

1. Delitos dolosos castigados con pena de prisión cuyo límite máximo sea de al menos tres años

El legislador ha optado por seguir un criterio cuantitativo a la hora de ponderar la gravedad del delito investigado, atendiendo exclusivamente a la gravedad en abstracto de la pena que aquél lleva asociada. Sin embargo, tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo han ido más allá de este criterio y lo complementan con la trascendencia propia de la alarma social generada por el delito y con el potencial

[7] GALLEGO MARTÍNEZ, V., loc. cit., p. 282.

lesivo del bien jurídico protegido que puede derivarse de las nuevas tecnologías (así, la STC 194/2006, de 3 de abril). Por otra parte, hay que tener en cuenta que el límite de tres años juega como límite máximo de referencia, lo que no impide que pueda acordarse la intervención de las comunicaciones cuando se trate de delitos castigados con pena de entre 1 y 3 años de prisión (delitos menos graves del art. 33.3 del Código Penal), en cuyo caso la autorización judicial ha de contar con una motivación reforzada[8]. Nótese que la gravedad delictiva a que se refiere el art. 588 bis.a.5 ("gravedad del hecho") para la adopción de la medida de injerencia no se equipara con la clasificación de las penas que se efectúa en el art. 33 CP (en relación con el art. 13.1), donde los delitos graves tienen asociada, entre otras, una pena de prisión superior a cinco años[9].

2. Delitos cometidos en el ámbito de una organización o grupo criminal

La delincuencia organizada intensifica los efectos negativos del delito sobre los valores de la convivencia. Por ello, al acordar la intervención de las comunicaciones no bastará con realizar una mera referencia a la posibilidad de que exista una organización o un grupo criminal, sino que el juez habrá de explicitar las razones que legitiman el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en tales supuestos.

Un aspecto procesal interesante a mencionar acerca de estas modalidades delictivas, en relación con la medida de injerencia, es la invocada nulidad de las escuchas acordadas por la existencia *prima facie* de razones para creer que se está en presencia de una organización o grupo criminal cuya realidad, sin embargo, no queda acreditada posteriormente durante la instrucción. A este respecto concluye la jurisprudencia que la no aplicación del tipo penal que sanciona la pertenencia a una organización o grupo no determina, de plano, la nulidad de la diligencia de interceptación telefónica en su caso acordada antes en fase sumarial, por cuanto "… el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias" (STS 412/2011, de 11 de mayo). Otro tanto sucede cuando, como consecuencia de la previa actuación de un agente encubierto, debidamente autorizado, se acaba patentizando la falta de sostén

[8] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (…), 2015, pp. 217-218.

[9] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (…), Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 282-283.

probatorio de la existencia de una organización criminal, lo que luego determinó la no aplicación del correspondiente tipo agravado (así, en SSTS 575/2013, de 28 de junio, y 767/2007, de 3 de octubre).

En definitiva, las serias sospechas o indicios, al comienzo de la investigación, sobre la existencia de una organización o grupo delictivos ha de contar con suficientes puntos de apoyo, aunque sea con el carácter necesariamente provisional propio de la fase incipiente de la investigación, sin que ello impida que posteriormente lo que se insinuaba como tal grupo u organización resulte degradado a un mero caso de codelincuencia o de autoría plural[10].

3. Delitos de terrorismo

El art. 55.2 CE establece un régimen específico de suspensión individual de los derechos que reconoce en sus arts. 17.2 y 18.2 y 3 cuando se trata de investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas. Ésta es la base constitucional sobre que se asienta el art. 588 ter.d.3 LECrim, que en dichos supuestos contempla la posibilidad de que en caso de urgencia la medida de intervención de las comunicaciones pueda ser acordada por el Ministro del Interior o por el Secretario de Estado de Seguridad, siempre que en el plazo máximo de 24 horas se comunique dicha actuación al juez competente, quien a su vez, y en el plazo máximo de 72 horas, deberá revocarla o confirmarla. Se produce así una asimilación constitucional de las comunicaciones telemáticas junto a las excepciones tradicionales referidas a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

4. Delitos de cometidos a través de medios informáticos

El art. 588 ter.a LECrim extiende la medida de interceptación a los delitos cometidos mediante instrumentos informáticos u otra tecnología de la información o de la comunicación. Sobre ello ya se había pronunciado la STC 194/2006, de 3 de abril, en estos términos: "… la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito (…). En la ponderación de la proporcionalidad

[10] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (…), 2015, pp. 217-221.

de la medida, en el caso concreto, ha de añadirse otro elemento consistente en las dificultades en la persecución del delito por otras vías".

Y precisamente en tema de proporcionalidad conviene notar que cuando se trate de delitos cuya pena no supere el límite mínimo de gravedad de los tres años exigido con carácter general, el juez podría autorizar tan sólo un acceso reducido a datos de identificación del terminal, identidad o dominio, puesto que no todo delito cometido a través de la Red justifica la medida investigadora de interceptación de las comunicaciones, siendo posibles intervenciones menos radicales que se avengan con los juicios de necesidad y proporcionalidad para su legitimidad constitucional[11].

IV. LA SOLICITUD DE INTERCEPTACIÓN

El régimen de la solicitud de interceptación dirigida al órgano judicial se especifica en los arts. 588.ter.d y 588 bis.b LECrim, que ofrecen el siguiente contenido:

1. Los sujetos solicitantes

Además de la adopción de la medida de oficio por el juez, éste también puede acordarla a solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, respecto de los cuales no hay que entender que la norma exija una obligada "instancia de parte". Tampoco habría obstáculo a que la petición se formulase por las acusaciones particular o popular, aunque ello carecería de dimensión práctica por cuanto la adopción de la medida conllevaría el inmediato secreto de las actuaciones, que permanecerían desconocidas en su contenido para las acusaciones no oficiales hasta el momento en que se restableciera la publicidad[12].

La mención del precepto a la Policía Judicial ha de entenderse hecha tanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como a los agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, el cual, a virtud de Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda TS, de 14 de noviembre de 2003, tiene atribuido el carácter de Policía Judicial en el sentido genérico del art. 283.1º LECrim, ejerciendo entonces sus funciones en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal, resultando así sus actuaciones procesalmente válidas.

[11] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 224.
[12] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit. 2015, pp. 232-233.

En cambio, diferente tratamiento recibe el personal del Centro Nacional de Inteligencia, cuyas investigaciones de seguridad sobre personas o entidades no se acomodan al ámbito del proceso penal. Así se desprende de su ley reguladora (Ley 11/2002, de 6 de mayo) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que interpreta en la STS 1094/2010, de 10 de diciembre, que "los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba – ni siquiera como diligencias de investigación – en un proceso penal".

Por otra parte, la solicitud también debe precisar la unidad investigadora de la Policía Judicial que llevará a cabo la intervención (art. 588 bis.b.2.5º), lo que permite ordenar la práctica de la diligencia mediante la comunicación entre el juez y las fuerzas policiales, a efectos del control judicial de la interceptación.

2. El hecho investigado

La solicitud ha de describir el hecho objeto de investigación (art. 588 bis.b.2.1º). Sobre la base del principio de especialidad, es preciso poner a disposición del instructor los datos que definen el hecho delictivo, puesto que solamente pueden investigarse hechos concretos ante la prohibición de efectuar investigaciones prospectivas. La negación de validez de las mismas ha sido proclamada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, según el cual "el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional" (STS 550/2013, de 26 de junio). También considera la jurisprudencia investigación prospectiva el "vacío de datos concretos y la precariedad indiciaria" (STS 1005/2010, de 11 de noviembre), así como las "meras conjeturas de la posible participación de los investigados en un delito, brillando por su ausencia las sospechas vehementes y fundadas con una base empírica mínimamente consistente y real (…). El juicio sobre la legitimidad de la actuación injerencial efectuado por el juez ha de contar con los presupuestos objetivos desde una perspectiva *ex ante* sin que sea aceptable cualquier justificación *ex post*" (STS 567/2013, de 8 de mayo).

3. La necesidad de la injerencia

El art. 588 bis.b.2.2º exige que la solicitud detalle las razones que justifiquen la

necesidad de la medida, junto con los indicios de criminalidad concurrentes con carácter previo a la misma solicitud. Así lo requiere también el criterio de la proporcionalidad, ya que siempre resultará preferible cualquier otra diligencia de investigación menos gravosa para los derechos fundamentales y de similar utilidad.

Por tales "indicios de criminalidad" entiende la STS 884/2012, de 8 de noviembre (siguiendo la STC 253/2006, de 11 de septiembre), algo más que simples sospechas y algo menos que los indicios racionales exigidos para el procesamiento; son sospechas fundadas en algún dato objetivo.

En este punto es preciso que el juez instructor haga suya la verosimilitud de los motivos que justifican el levantamiento del secreto de las comunicaciones, si bien no todo ha de quedar en su mera aceptación como respaldo para la resolución habilitante. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha aceptado, aun no siendo el modelo ideal, la integración de dicha resolución con los datos obrantes en la solicitud policial (así, en SSTC 123/2002, de 20 de mayo, y 299/2000, de 11 de diciembre).

Como se ha indicado, el art. 588 bis.b.2.2º se refiere a los indicios de criminalidad concurrentes con carácter previo a la misma solicitud, refiriéndose a ello como "la investigación previa a la solicitud". Esta investigación abarca tanto el proceso jurisdiccional como la investigación policial que, en su caso, preceda a la incoación del proceso, y su finalidad es doble: subrayar que la solicitud se encuentre respaldada por los datos objetivos que se ofrecen al juez instructor, y que la diligencia de interceptación tenga la cobertura formal de un proceso y no se adopte en el ámbito de las denominadas "diligencias indeterminadas" - que por su naturaleza quedan fuera del ámbito de control y de conocimiento del Ministerio Fiscal -, incurriendo por tanto en una ilicitud que ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, con especial referencia a la STC 259/2005, de 24 de octubre[13].

4. La identificación de los afectados

El art. 588 bis.b.2.1º establece que en la solicitud conste "la identidad del investigado y de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos". Por tanto, la interceptación de las comunicaciones puede abarcar al sujeto investigado o a un tercero (aunque no tenga la condición de parte pasiva del proceso), habiéndose declarado en la jurisprudencia constitucional la validez del sacrificio del

[13] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 240.

derecho al secreto cuando el investigado utiliza a título de mero usuario el terminal perteneciente a otra persona, siendo irrelevante que al comienzo de la investigación se desconozcan los datos de identidad de los afectados[14]. Por tanto, la expresión "terceras personas" recogida en los arts. 588 bis.h y 588 ter.c se refiere a sujetos ajenos al investigado, siempre que éste se sirva de aquéllos para transmitir o recibir información o que dichos terceros colaboren con el investigado o se beneficien de su actividad[15].

En concreto, la individualización del afectado puede realizarse bien a través de sus datos personales de abonado, bien mediante su identificación técnica, como instrumentos para especificar el medio de telecomunicación del que se sirve el investigado. Acerca de este aspecto conviene indicar que el art. 588 ter.l permite a la Policía Judicial utilizar las tecnologías adecuadas para la averiguación de datos como el IMSI (para identificar al abonado) o el IMEI (para identificar el terminal), sin necesidad de previa autorización judicial, como también sucede con la obtención de la dirección IP obtenida policialmente en prevención y descubrimiento de los delitos cometidos por Internet, siguiendo la jurisprudencia ya elaborada al respecto (así, SSTS 1078/2011, de 24 de octubre, y 680/2010, de 14 de julio).

5. Extensión de la solicitud

El juego de los arts. 588 bis.b.2.4º y 588 ter.d.2 determina los extremos a que ha de referirse la solicitud de intervención, que en síntesis son los relacionados con el contenido de la comunicación, su origen y destino, la localización geográfica de la misma y otros datos de tráfico asociados o no asociados.

El deseo del legislador es que el juez, dotado de cobertura normativa y contando con suficiente información indiciaria, pueda decidir hasta dónde va a limitar la inviolabilidad de las comunicaciones, sin que ahora baste con incorporar a la intervención telefónica tradicional el seguimiento de otros procesos comunicativos, puesto que es preciso que se concrete judicialmente la necesidad de oír/interferir otros contenidos que discurren por vía telemática. Es decir: la ley ya no autoriza la cesión en cascada de datos electrónicos asociados a comunicaciones telefónicas, sino que el juez debe especificar en la resolución habilitante los datos que han de ser facilitados por las

[14] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., 2015, p. 241.
[15] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (…), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 283.

operadoras a los agentes encargados de practicar la diligencia[16]. Así se desprende también del art. 39.8 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo), según el cual los sujetos obligados deberán facilitar a los agentes los datos incluidos en la orden de interceptación legal.

La redacción del art. 588 bis.b parece sugerir la exigencia de una investigación previa, por cuanto la solicitud he de mencionar en qué ha consistido la misma y su resultado, los indicios de criminalidad que se hayan advertido, los datos de los investigados y las razones que justifican la necesidad de la medida[17].

6. Duración de la medida

Una solicitud que no contuviera el límite temporal de la medida interesada sería inadmisible, por vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad que deben regir la injerencia del Estado en las comunicaciones. Por eso el art. 588 bis.b.2.7º exige que en la solicitud se mencione la duración de la medida, la cual puede extenderse inicialmente hasta un plazo máximo de tres meses, prorrogables por períodos iguales hasta alcanzar un máximo de 18 meses (arts. 588 bis.e y 588 ter.g). Ahora bien, esto no significa que el solicitante de la interceptación quede automáticamente autorizado para interesar siempre, de forma mecánica y rutinaria, el plazo inicial de tres meses, sino que debe ajustar su solicitud al plazo que realmente proceda en el caso concreto, por cuanto los referidos tres meses no han de operar como plazo de referencia[18].

7. Ejecución de la medida

En los apartados 6º y 8º del art. 588 bis.b.2 se dispone que la solicitud de intervención ha de contener la forma de ejecución de la medida y la identificación del sujeto obligado a llevarla a cabo, si fuera conocido. De esta exigencia legal deriva que el solicitante debe explicar al juez, siquiera sea de forma elemental, el modo como se va a efectuar la interferencia de las comunicaciones. Por otra parte, el "sujeto obligado" es el proveedor del servicio que explota una red pública de comunicación electrónica o que presta un servicio de comunicación electrónica; sobre dicho proveedor recae un deber de colaboración cuyo incumplimiento puede suponer la comisión de un delito de desobediencia (art. 588 ter.e.3).

---

[16] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (…), 2015, p. 245.

[17] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (…), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 284.

[18] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (…), 2015, p. 246.

8. El secreto de la causa

La eficacia de una medida de intervención de las comunicaciones descansa en buena medida en el hecho de que los sujetos investigados desconozcan que se está efectuando el seguimiento de las mismas, lo que se consigue mediante la declaración del secreto de las actuaciones, cuyo contenido permanece desconocido para las partes – salvo el Ministerio Fiscal – hasta que se restablezca la publicidad de las mismas.

En la jurisprudencia anterior a la reforma de la LECrim se trató la queja consistente en la declaración de nulidad de las escuchas telefónicas que no iban acompañadas de la declaración del secreto sumarial. Al respecto se pronunció, entre otras, la STS 9/2004, de 19 de enero, en el sentido de no acoger tal pretensión de nulidad "simplemente porque se trata de un vicio de procedimiento sin relevancia constitucional, ya que no existió indefensión material alguna para las personas afectadas (art. 24.1) que, cuando en calidad de imputados tomaron contacto con las actuaciones judiciales practicadas, pudieron conocer la medida adoptada en secreto contra ellos, su alcance y contenido, habiendo tenido oportunidad para solicitar al respecto lo que hubieran considerado conveniente para la defensa de sus intereses, no sólo en las calificaciones provisionales (…), sino incluso durante las diligencias previas y el sumario antes de su conclusión". En la misma idea insistió la STS 358/2004, de 16 de marzo, que en la ausencia de declaración del secreto de la causa no observó nulidad alguna, siendo "una irregularidad que nada afecta a la constitucionalidad de la medida porque después de la intervención se pudo tomar en cuenta y solicitar nueva prueba".

El texto reformado de la LECrim tiene en consideración esta doctrina jurisprudencial y, con el fin de evitar disfunciones al respecto, determina en su art. 588 bis.d que la solicitud y las medidas posteriores se sustanciarán en pieza separada y secreta, sin necesidad de que se efectúe expresa declaración del secreto de las actuaciones. Ahora bien, ha de observarse que esa tramitación en pieza separada y secreta se vincula no a la resolución judicial habilitante, sino a la solicitud encaminada a su obtención. No obstante, la fórmula escogida por el legislador al optar por una declaración implícita de secreto puede tropezar con el principio de contradicción y con el derecho de defensa, ya de por sí limitados por el hecho del carácter secreto de la causa. Quizá, *lege ferenda*, habría sido conveniente incorporar el texto legal la necesidad de que el juez instructor, una vez acordada la injerencia, dictara una

resolución que justificase en términos constitucionales el sacrificio del derecho de las partes a acceder al contenido de las diligencias en la fase de investigación[19].

El art. 588 bis.d otorga carácter secreto a la pieza separada que se abre cuando el órgano judicial acuerda la medida solicitada. Nada dice sobre el secreto respecto de la causa principal, que por pura lógica también habrá de participar de dicho carácter[20].

V. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HABILITANTE

Una vez recibida la solicitud de intervención de las comunicaciones, el juez instructor dispone de un plazo de 24 horas para pronunciarse, mediante auto motivado, sobre su autorización o denegación (art. 588 bis.c.1). El legislador establece así un tiempo rápido de respuesta judicial que, no obstante, puede ser interrumpido de conformidad con el art. 588 bis.c.2, que permite el órgano jurisdiccional interesar la ampliación o la aclaración de los términos de la solicitud sin que ello suponga una demora significativa de alcance constitucional. A efectos prácticos, parece que el precepto resulta aplicable en aquellos casos en que la solicitud adolezca de alguna deficiencia específica (como no haber concretado la unidad policial investigadora o existir algún error en la identificación del investigado), toda vez que si se advierte insuficiencia en la investigación previa, o incluso inexistencia de la misma, o que los indicios de criminalidad alegados no son tales, entonces lo lógico sería dictar una resolución denegando la medida solicitada[21].

A partir de aquí se desenvuelven varios aspectos a tener en cuenta acerca de la resolución habilitante, como son los siguientes:

1. El informe del Ministerio Fiscal

Como ya se ha indicado anteriormente, la medida de injerencia en las comunicaciones puede ser o bien acordada de oficio por el juez, o bien previa solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Para el caso de que la iniciativa parta del propio juez para acordar de oficio la intervención, o si la misma ha sido solicitada por la Policía Judicial, el art. 588 bis.c.1 requiere la previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Con anterioridad a la reforma de la LECrim no existía un trámite específico para requerir informe al fiscal sobre la adopción de una medida de injerencia en el ámbito del

[19] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., pp. 249-250.
[20] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (…), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 289.
[21] GALLEGO MARTÍNEZ, V., loc. cit., p. 288.

art. 18 CE, si bien abundante jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ponía especial énfasis tanto en la evitación de las llamadas "diligencias indeterminadas" como en el hecho de que el Ministerio Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso, como se desprende del articulado de la LECrim que regula su intervención en el mismo. La proscripción de las diligencias indeterminadas se desarrolla especialmente en la STC 25/2011, de 14 de marzo, en el sentido de que la adopción en su ámbito de una diligencia de intervención de las comunicaciones queda sustraída al conocimiento y control por parte del fiscal, a quien no se notifica ni la existencia de las mismas ni la diligencia acordada (salvo que su resultado sea incorporado a unas diligencia previas ya existentes o que las indeterminadas se transformen en diligencias previas, pues en ambos casos ya se trataría de un proceso regularmente incoado y con vinculación a la normativa procesal). Y, por otra parte, el Tribunal Supremo ha relativizado la formalidad del acto de notificación al fiscal de la diligencia de intervención, por cuanto la posición procesal que tiene reconocida en diversos preceptos de la LECrim facilita que siempre pueda tomar conocimiento del estado de la causa, incluyendo la existencia de interceptación de comunicaciones que, en su caso, no se la hayan notificado expresamente (así, en STS 694/2011, de 24 de junio).

Pues bien: cualquier posible polémica ha sido resuelta por el art. 588 bis.c.1 al contemplar imperativamente la audiencia del Ministerio Fiscal al efecto de emitir un dictamen – si bien no vinculante para el juez – sobre la justificación de la medida de injerencia. Al carácter imperativo de esta audiencia también coadyuvan las funciones que se otorgan al Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico (arts. 124.1 y 3.3, respectivamente: defensa de los derechos de los ciudadanos), y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 46: legitimación para promover el recurso de amparo; también en el art. 162.1.b CE).

Así pues, el legislador huye de dejar en la indiferencia al Ministerio Fiscal y le sitúa en una posición destinada a reforzar las cautelas necesarias en orden a la legitimidad de la decisión judicial (ahora bien, más difícil resulta integrar conceptualmente el informe del fiscal en el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, hasta el punto de considerar que su ausencia podría degradar la validez de la diligencia de investigación)[22].

[22] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento (…), 2015, p. 255.

2. El hecho punible investigado

El hecho que sirve de base para la adopción de la medida de injerencia sugiere tres aspectos a tomar en consideración: su delimitación inicial, la aparición de un hecho delictivo diferente y la calificación jurídica.

a) La delimitación inicial del hecho.

El hecho objeto de investigación ha de aparecer suficientemente definido y dotado de contornos nítidos, con el fin de excluir toda posibilidad de prospección. Ahora bien, es cierto que la configuración del *factum* se realiza de forma progresiva, a medida que avanza la actividad instructora, lo que no debe impedir que los hechos conserven en todo momento una identidad sustancial. Así se reconoce en la STS 841/2014, de 9 de diciembre, donde se argumenta que "en el momento inicial del procedimiento (…) no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios (…)". En relación con un caso concreto, la STS 7/2014, de 22 de enero, refiere que "en el inicio del proceso penal la delimitación objetiva – también la subjetiva – se presenta con una nitidez que no siempre es definitiva. Carecería de sentido proclamar la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones porque lo que se concebía inicialmente como el desembarco clandestino de cocaína, resultara luego ser hachís. La ofensa al bien jurídico permanece incólume y ninguna consecuencia puede derivarse de esa sobrevenida alteración de lo que aparecía como previsible objeto del delito (…). El bien jurídico es el mismo y los hechos que han determinado su ofensa pueden ser calificados, en ambos casos, como graves, justificando así la legitimidad de la intromisión jurisdiccional en las comunicaciones".

b) La aparición de un hecho delictivo diferente

Puede suceder que durante el seguimiento de la interceptación acerca de un hecho delictivo determinado aparezcan indicios de la comisión de otro diferente, lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia exigiendo que en tales casos se produzca una renovada motivación que justifique la investigación del nuevo hecho. Se trata de los supuestos englobados en la denominada "doctrina del hallazgo casual", a cuya virtud "se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente

imprevista, aunque la doctrina de esta Sala Casacional ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorpresivos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma" (STS 616/2012, de 10 de julio).

En consonancia con esta línea jurisprudencial, el art. 579 bis.3 prevé el régimen a seguir para el caso del delito casualmente descubierto, sobre el que ha de recaer la correspondiente autorización judicial teniendo en cuenta tres parámetros: la diligencia de la actuación en que se descubre, el marco en que se produce el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida con anterioridad.

En último término, de lo que se trata es de otorgar legitimidad constitucional a los supuestos en que tiene lugar la mutación del objeto del proceso inicial para la investigación de un hecho distinto inesperadamente conocido.

c) La calificación jurídica.

A diferencia de lo que acontece con la solicitud de la medida de injerencia, la resolución habilitante debe efectuar, con la comprensible provisionalidad característica de la fase inicial del proceso, un juicio de tipicidad atendiendo a que la gravedad del hecho no puede entenderse desvinculada, entre otros factores, de la gravedad de la pena que lleva asociada. Se impone, pues, una traducción jurídico-penal del hecho investigado, no obstante la naturaleza interina de dicha calificación[23].

3. La identidad de los afectados

El afectado, o sujeto pasivo de la medida de intervención, es el titular del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, quien ha de estar identificado o al menos ser identificable, siendo aquí aplicables las consideraciones realizadas en el anterior epígrafe IV.4. Sirva de complemento a las mismas la argumentación contenida en la STS 385/2011, de 5 de mayo, según la cual el objeto del proceso, antes que responder a una imagen fija, es un hecho "de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias", lo que explica según dicha sentencia que no haya inconveniente alguno en admitir que finalmente pueda no dirigirse la acción penal contra personas que en fase

[23] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., loc. cit., pp. 259-260.

instructora sufrieron algún tipo de imputación, material o formal, sin llegar después a tener la condición de acusados. En términos de la resolución: "La idea de que toda imputación – sea ésta material o formal – convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene cabida en nuestro sistema".

4. Alcance y extensión de la medida

El sistema normativo actual exige un mayor rigor que el hasta ahora vigente, en el sentido de que el juez de instrucción ha de precisar con exactitud cuál es el alcance de la medida de injerencia, es decir, si se acuerda únicamente para las comunicaciones telefónicas o si también debe extenderse a las comunicaciones telemáticas, identificando el equipo de telecomunicación a intervenir y cuáles sean los datos electrónicos asociados que igualmente hayan de investigarse. A tal fin el art. 588 ter.d.2 determina el ámbito a que debe extenderse la solicitud de intervención, aplicable también a la resolución habilitante: el contenido de la comunicación, su origen y destino, la localización geográfica de la misma y otros datos de tráfico asociados o no asociados. Y todo ello en consonancia con lo establecido en el art. 588 bis.c.3.c, cuando exige que la resolución judicial especifique su alcance y haga descansar su motivación en los principios rectores enumerados en el art. 588 bis.a.

5. Identificación de la unidad policial

El art. 588 bis refiere que la autorización judicial habrá de identificar la unidad policial encargada de materializar la interceptación, como exigencia derivada de la necesidad de someter la medida al control del juez. Ahora bien, la ausencia de dicha identificación o el hecho de que intervengan agentes inicialmente no designados no constituye necesariamente una infracción de relevancia constitucional, si bien aquel control judicial puede verse resentido si no se conoce el *qué* y el *quién* de la ejecución de la medida[24].

6. Duración, cese y prórroga de la medida

Conforme al art. 588 ter.g, la interceptación de las comunicaciones tendrá una duración máxima inicial de tres meses, prorrogables por períodos de igual duración hasta completar un máximo de 18 meses. El *dies a quo* para el comienzo del cómputo viene fijado por la fecha del auto habilitante, no siendo admisible que se tome como referencia a tal fin el momento en que la intervención efectivamente se realiza, porque

[24] MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO,, N., loc. cit., 2015, p. 263.

ello equivaldría a una suspensión individualizada del derecho al secreto de las comunicaciones durante el tiempo que mediase entre la resolución judicial y la materialización de la injerencia. Así se declara en la STC 205/2005, de 18 de julio, que efectuando una lectura garantista concluye que "el plazo de intervención posible en el mentado derecho fundamental comienza a correr desde el momento en que la misma ha sido autorizada". Igualmente, la STS 7/2014, de 22 de enero, razona que "en ausencia de una fecha de inicio de la medida de injerencia, el día en que se dicta la resolución habilitante constituye una referencia más que válida".

La medida cesa en el momento en que desaparezca la causa que la motivó y, por tanto, sea prescindible para la investigación; también cesará cuando haya transcurrido el tiempo para el que fue concedida, sin necesidad de que se dicte una resolución que formalmente así lo acuerde (art. 588 bis.e). Sin embargo, este criterio legal de cese automático resulta contrastado por el que recoge el art. 588 bis.j, que establece con carácter imperativo que el juez acordará el cese de la medida, en todo caso, por el transcurso del plazo por el que la autorizó[25].

Como se ha expresado, la intervención de las comunicaciones puede ser objeto de prórroga, lo que habrá de verificarse mediante auto motivado que se dictará bien de oficio, bien a solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial (arts. 588 bis.e.2 y 588 bis.f). Acerca de las prórrogas conviene resaltar, por su interés, dos aspectos que han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales: su control judicial y el alcance de la motivación del auto correspondiente. Sobre la primera cuestión, la STC 205/2005, de 18 de julio, expone que "una prórroga acordada de forma automática, sin un efectivo control jurisdiccional, puede menoscabar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (…). Ello acontecerá siempre que el juez no efectúe un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conozca los resultados de la investigación. Sin embargo, esa exigencia puede quedar cumplida por dos distintas vías. La primera, cuando el juez tenga conocimiento de los resultados de la medida a través de los informes que le ofrece la Policía; la segunda, mediante la transcripción parcial de las cintas".

En cuanto a la motivación del auto que acuerda la prórroga, la STS 598/2008, de 3 de octubre, explica que "se prorroga aquello que ya ha sido objeto de decisión previa. Es esa primera resolución la que exige, siempre y en todo caso, la concurrencia de

[25] GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto (…), Revista Foro FICP, 2015-3, p. 290.

razones y sospechas debidamente razonadas. En las sucesivas resoluciones, la legitimidad constitucional de la medida exigirá que el control judicial siga siendo efectivo, pero no que se expresen renovados presupuestos fácticos que, por definición, pueden ser los mismos que los que motivaron la inicial autorización de la injerencia".

7. Forma del control judicial de la medida

La resolución judicial debe establecer la forma y la periodicidad con que el solicitante habrá de informar al juez sobre los resultados de la medida (art. 588 bis.c.3.f). Se trata de una dación de cuenta de su desarrollo para garantizar la regularidad de su ejecución. Más específicamente, el art. 588 ter.f relaciona aquellos elementos que han de ser puestos a disposición de la autoridad judicial en materia de control de la injerencia: dos soportes digitales diferentes en los que consten, respectivamente, las grabaciones íntegras realizadas y la transcripción de los pasajes que se consideren de mayor interés para la causa, asegurándose todo ello mediante un sistema de sellado o de firma electrónica para garantizar la autenticidad e integridad de la información aportada. Esta regulación legal es acorde con los precedentes jurisprudenciales que constan al respecto, como por ejemplo la STS 544/2011, de 7 de junio, que prevé la existencia de mecanismos de seguridad como los mencionados en relación con el volcado de los datos obtenidos a través del sistema SITEL.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha distinguido entre las irregularidades que afectan al contenido material de la inviolabilidad de las comunicaciones y las que afectan al valor probatorio de los resultados obtenidos sin un adecuado control judicial. Así, acerca de la queja sobre la falta de control judicial en el seguimiento de las intervenciones la STC 26/2010, de 27 de abril, expone que "para dicho control no es necesario que la Policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales, y que el juez proceda a la audición de las mismas, antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes, y de los informes policiales".

BIBLIOGRAFÍA

GALLEGO MARTÍNEZ, V., Breve estudio sobre el proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en materia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 282-284, 288-290.

DE LEÓN JIMÉNEZ, M.C., M.C., La intervención de las comunicaciones: escuchas telefónicas. Jurisprudencia del TC, del TS, del TEDH, Revista Foro FICP, 2015-3, pp. 364, 365, 368-369.

MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 200-203, 217-221, 224, 232-233, 240-241, 245-246, 249-250, 255, 259-260, 263.

* * * * * *

Rosario Barrado Castillo
Abogada, Alcobendas. Socia de la FICP.

~Auto de cuantía máxima en la imprudencia punible tras la última reforma del Código Penal~

I. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 DE 30 DE MARZO

El Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, con entrada en vigor el 01/07/2015, entre otras novedades, suprime la falta de imprudencia con lesiones. En concreto, queda relegado el art. 621 en el que se regulaba la imprudencia en la conducción de vehículo a motor, con resultado de lesiones.

En consecuencia, queda abierta cierta incertidumbre acerca de cómo procesar los existentes procedimientos judiciales de los Juicios de Faltas incoados a la entrada en vigor de la citada Ley, así como el régimen transitorio aplicable, a tenor de lo dispuesto en las correspondientes Disposiciones Transitorias, cuya aplicación no se halla exenta de diversas interpretaciones judiciales.

Así, intentaremos exponer las interpretaciones más significativas, utilizadas por las Audiencias Provinciales, y los criterios jurisprudenciales que se está se están aplicando por éstas, que están viendo cómo se recurren en apelación, las diversas resoluciones judiciales de los Jueces de Instrucción, con ocasión de la referida despenalización de las faltas de tráfico.

En consecuencia el art. 13 de la LRCSCVM, ha visto modificada su premisa legal, por cuanto dicho artículo previsto para la oportuna emisión del correspondiente Auto de Cuantía Máxima, en caso de sobreseimiento penal o sentencia absolutoria, ha sido objeto igualmente, de alteración tras la referida reforma del Código Penal.

Así, estamos viendo cómo los sobreseimientos de los procedimientos penales incoados por denuncia por imprudencia con resultado de lesiones, están obteniendo pronunciamientos judiciales diversos en cuanto a la emisión del citado título judicial.

II. DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA CUARTA DE LA LEY 1/2015

El Juzgado de Instrucción recibe denuncia instada por la víctima lesionada a consecuencia de accidente de tráfico, e incoa correspondientemente, expediente judicial de Diligencia Previas al efecto, en lugar de incoar expediente de Juicio de Faltas, al

haber sido despenalizada la falta de imprudencia con resultado de lesiones del referido art. 621. En tal caso, el Juez de Instrucción no puede sino proceder al consiguiente sobreseimiento libre y archivo, con reserva de acciones civiles a favor del perjudicado.

En tal caso, entra en juego la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley 1/15 de 30 de Marzo, por la que se dispone que los procedimientos penales a la entrada en vigor de la ley, se enjuiciarán por la legislación vigente en dicho momento, salvo que resultare más favorable al reo la aplicación de la nueva legislación.

Consecuentemente, al encontrarnos ante una falta despenalizada, habrá que ver cómo tratar su procesamiento. En tal sentido, resulta de aplicación la Disposición Transitoria Cuarta de la L.O. 1/2015, relativa a los Juicios de Faltas en tramitación, que en su apartado 2, expone que " *la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*, dicha Disposición alude a los juicios "*iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley* ", es decir, aquellos Juicios de Faltas que el día uno de Julio de 2015, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, estuvieran *ya iniciados*, no a aquéllos que estuvieran "por iniciar" o pendientes del reparto a efectuar por el Decanato de los Juzgados.

Un Juicio de Faltas iniciado es aquel que se tramita por un Juzgado concreto, y en tramitación judicial, esto es pendiente sobre el que ya ha recaído un auto de incoación; y aquel en el que ya se han practicado una o algunas diligencias judiciales, aunque sólo fuere la de señalamiento de la fecha del juicio. Así, entre otros, el Auto nº 7/16 de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 8 de Enero de 2016.

Según dicho Auto, el mero hecho de presentar la denuncia ante el Juzgado Decano antes del 01/07/2015, pero siendo repartida a Juzgado ulterior, con fecha posterior, obviamente no puede sino dar lugar al sobreseimiento y archivo del procedimiento, puesto que el Juez dicta ya la primera resolución en fecha posterior.

En tal sentido, la apreciación es la de que el procedimiento, cualquiera que fuera, todavía no se ha iniciado al entrar en vigor la reforma operada por la L.O. 1/2015, por lo que no es de aplicación la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley Orgánica para los juicios ya iniciados y en tramitación, y habiéndose despenalizado la falta objeto de denuncia, lo propio y procedente es acordar el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, pudiendo la parte denunciante reproducir sus pretensiones en la jurisdicción civil.

III. EMISIÓN DEL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA POR EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Así las cosas, tampoco cabe lógicamente el dictado del correspondiente Auto de Cuantía Máxima previsto en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pues dicho precepto obliga a dictarlo en cualquier "*proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor*", y en el presente caso no nos encontramos ni ante un ilícito penal -la falta está despenalizada- ni por tanto ante ningún procedimiento de naturaleza penal ya iniciado. Por lo que faltando los elementos necesarios para dictar el Auto de cantidad líquida máxima, no ha lugar a dictarlo[1].

En consecuencia, el perjudicado deberá efectuar su reclamación en la vía jurisdiccional civil, en su caso, entendiendo que la vía penal no puede convertirse en la forma rápida y gratuita de obtener dictámenes médicos sobre la sanidad de las lesiones, tiempo de curación y secuelas, de los lesionados en accidentes de tráfico.

Frente a dicha interpretación jurídica, encontramos alguna otra discordante, que entiende que en virtud del principio *pro actione* ínsito en el principio jurídico de tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de la CE, corresponde una intervención activa por parte de los tribunales, tutelando los perjuicios de la víctima de los accidentes de tráfico.

Entre las cuales, podemos destacar, el Auto 272/16 de 10 de Mayo, dictado por la Audiencia Provincial de Albacete, que en supuesto de denuncia penal interpuesta en fecha posterior a la entrada en vigor de la reforma penal de la Ley 1/15 de 30 de Marzo, entiende que sí debe ser dictado el Auto de Cuantía Máxima a favor del perjudicado.

[1] ABELLA LÓPEZ, Javier, El Auto de Cuantía Máxima, La Ley, marzo 2011.

En tal supuesto, se pretende la revocación del Auto de Archivo ya que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, el 30 de mayo 2015, siendo la fecha de la presentación de la denuncia el 23 julio 2015 por lo que en atención a la DT 1 ª, debe juzgarse conforme a la legislación penal vigente en ese momento, debiendo ser tramitado hasta su terminación aunque sea solo para pronunciamiento de responsabilidades civiles o al menos y con reconocimiento de los perjudicados por el Forense, se dicte Auto conforme a lo establecido en el artículo 13 RDL 8/2004 de 29 de octubre en el que se determine la cantidad líquida máxima.

La cuestión parece pacífica con respecto a las denuncias presentadas antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 pero registradas e incoadas con posterioridad (*vid* Autos 879/15, 880/15, 987/15, 933/15 o 969/15 A. Prov. Albacete). En cuanto a las presentadas con fecha posterior, ha de estarse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª de la LO 1/2015 que determina que *los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión.* No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Por tal motivo, la legislación penal vigente en el momento en que ocurren los hechos es la que debe aplicarse, lo cual implica no cercenar el dictado de Auto de cuantía máxima, pues al tratarse de hechos despenalizados -ya que desaparece la imprudencia leve como criterio de imputación-, ello no implica que no haya pronunciamiento sobre posible responsabilidad civil, si se tiene que incoar proceso para oír al reo en cuanto a la legislación más favorable, de conformidad con la DT 1. ap.3. por lo que consecuentemente, se dictará Auto de cuantía máxima del artículo 13 de la LRCSCVM con práctica de reconocimiento médico forense y diligencias concordantes.

En concreto, el art. 13 del Real D. L. 8/2004, de 29 de octubre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) vigente en el momento de los hechos, a diferencia de su redacción actual conforme al apartado cinco del artículo único de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y que entró en vigor el 1 enero 2016-, dicho precepto dispone que "Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la

circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria *u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente*, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, *antes de acordar el archivo de la causa* , el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de esta Ley. El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros, y contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes.

Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial. De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno".

En esa misma línea, se pronuncian entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, SAP 69/2016 de 29 enero 2016 (Secc. 30ª) y SAP 14/2016 de 19 de enero (Secc. 17ª) que, aun confirmando la absolución del Juzgado *a quo*, preserva el dictado del correspondiente auto de cuantía máxima a favor de la lesionada, conforme al citado art. 13 LRCSCVM.

En cuanto a los supuestos de presentación posterior a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, l tenor de la DT 4, ap. 2, a priori no se trata de *procesos* por "falta" *en tramitación* antes de la entrada en vigor de la Ley, pero al tenor de la premisa jurídica de tener que oír al reo sobre la aplicación de legislación más favorable, debe interpretarse que desde ese momento existe proceso y por ende es factible el dictado del

Título Judicial previsto en el art. 13 de la LRCSCVM máxime cuando no se trata de una inadmisión por atipicidad sino de un sobreseimiento libre y archivo.

En todo caso, habrá que estar caso a caso, y estudiar qué tipo de imprudencia se denuncia, ya que si puede ser grave o menos grave, no se tratará ya de hecho atípico, sino de un supuesto tipificado como delito leve de imprudencia, y consecuentemente, habrá que incoar el oportuno procedimiento judicial al efecto.

Por tanto, tanto en los accidentes de tráfico ocurridos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, con presentación de denuncia también en fecha anterior pero dictado resolución de archivo posterior; como en accidentes de tráfico ocurridos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 con presentación de denuncia en fecha posterior a la reforma, en ambos casos, cabría el dictado del correspondiente auto de cuantía máxima a favor del perjudicado.

IV. EMISIÓN DEL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA A PARTIR DEL 01/01/2016

Distinta es la regulación actual, desde el 01/01/2016, conforme a la vigente redacción del citado art. 13 de la LRCSCVM, a tenor de lo prevenido en el apartado cinco del artículo único de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y que entró en vigor el referido 1 enero 2016.

En su redacción actual, el referido auto de cuantía máxima queda previsto únicamente para el supuesto en que en el procedimiento judicial penal recaiga sentencia absolutoria, en cuyo caso resulta obvio el requisito previo del enjuiciamiento de la imprudencia punible, que de otro lado, tras la despenalización de las faltas, queda reducida a las imprudencias graves o menos graves, según el caso. Y en segundo lugar, queda previsto para el caso de fallecimiento de la víctima, con lo cual sus efectos se trasladan al patrimonio de sus legitimarios.

*** * * * * ***

M.ª Luisa Bayarri Martí
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por los abogados en el ejercicio de su profesión~

I. INTRODUCCIÓN

Podemos definir al abogado como aquella persona, licenciada en derecho, que ejerce profesionalmente, bien la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, bien el asesoramiento y consejo jurídico. Esta definición es la que encontramos en el artículo 6 del Estatuto de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/20001, de 22 de junio, y viene a coincidir con la definición que da la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 542.[1]

La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve, normalmente, en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente pacífico, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato[2].

El deber de defensa del abogado debe ceñirse al respeto de la "lex artis"[3], es decir, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado, con pretensiones de exhaustividad, una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional. Se han perfilado únicamente, a título de ejemplo, algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación. Por ejemplo, cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, o aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos[4].

---

[1] Art. 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. 2. En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa. 3. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

[2] Sentencias el Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de enero de 1998, 30 de marzo, 23 de mayo y 27 de junio de 2006, y 26 de febrero de 2007.

[3] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2013.

[4] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2005

La obligación del abogado para con sus clientes es de medios y, como acabamos decir, consiste en la aportación de todos los conocimientos jurídicos y su uso diligente para alcanzar el mayor beneficio de los intereses o protección de los derechos de aquéllos. Esta obligación no es de resultado, porque nunca puede garantizarse el resultado exitoso de una resolución judicial, ni tampoco la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso.[5]

La responsabilidad del abogado se materializa en tres ámbitos: el penal, el civil y el disciplinario. En este trabajo, nos centraremos en el primero de ellos, al que se refiere el artículo 78 del Estatuto General de la Abogacía, estableciendo que "los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas[6] que cometan en el ejercicio de su profesión" así como en la responsabilidad civil que se deriva del mismo.

II. CUESTIONES GENERALES

El Título XX del Código Penal recoge los delitos contra la Administración de Justicia[7], encontrándose dentro del mismo los llamados delitos especiales o "delitos de propia mano" cometidos por los abogados que, a su vez, pueden ser propios e impropios.

En los propios, la calidad especial del sujeto (abogado) es determinante para la existencia del delito de tal forma que, faltando la misma, el hecho sería atípico[8]. Es el caso de los conocidos como delitos de "deslealtad de parte" y "perjuicio de parte".

En cambio, en los delitos especiales impropios, la cualidad específica del sujeto activo (abogado) sólo tiene la virtualidad de agravar la pena. Pero el hecho sigue siendo típico porque puede ser cometido por una persona no perteneciente a la categoría específica de autor.[9] Es el caso de los conocidos como delitos de "destrucción, inutilización, u ocultación de documentos o actuaciones procesales, y "revelación de actuaciones procesales secretas", que se muestran como tipos básicos, y de

[5] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de febrero de 2000

[6] Tras la L.O. 1/2015 de reforma del Código Penal, debe entenderse la referencia "faltas" a los llamados delitos leves.

[7] Este Título no ha sufrido modificación alguna tras las reformas introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015

[8] QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, 4ª ed., Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, p. 666.

[9] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado en el ejercicio de su profesión. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 148.

"presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces" e "incomparecencia ante juzgado o tribunal", que aparecen como tipos agravados.[10]

Pero el abogado también puede cometer delitos comunes, es decir, aquéllos cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona. Entre ellos, los más habituales en la práctica forense son los de apropiación indebida y estafa, pero también el de calumnia.

III. DELITOS ESPECIALES

1. Delitos especiales propios

a) Deslealtad de parte[11]

Comete este delito el abogado que, habiendo asesorado o tomado la defensa de alguna persona, sin el consentimiento de ésta, defienda en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios.

El fundamento de la incriminación de la conducta es que hay un conflicto de intereses que emerge en un mismo asunto. El abogado que, en una primera actuación profesional, ha asesorado o tomado la defensa de una persona tiene conocimiento de hechos y circunstancias que podría aprovechar después en perjuicio de ésta y en beneficio de la segunda persona que defienda. Es por ello que no cabe la consumación del tipo de forma culposa, pero sí con dolo eventual. Sería el caso, por ejemplo, del abogado que se represente, como posible o probable en un asunto, que existan intereses contrapuestos entre dos clientes y decida actuar de todas formas.[12]

La mayoría de los autores coincide en que es un delito de riesgo o de mera actividad. Basta que el abogado pueda utilizar datos o información que conozca por la relación de confianza profesional que ha mantenido o puede seguir manteniendo con un cliente, si bien se requiere la posibilidad de un peligro concreto para los intereses de éste y no únicamente el riesgo abstracto derivado de la defensa o asesoramiento de quien tenga intereses contrarios.[13]

---

[10] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 149.

[11] Art. 467.1 del Código Penal: El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

[12] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 165.

[13] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 165.

No es difícil imaginar que pueda existir concurso entre este delito de deslealtad de parte con otras infracciones como, por ejemplo, la estafa[14] o la revelación de secretos[15].

b) Perjuicio de parte[16]

Comete este delito el abogado que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados.

Además de la necesariedad de que el sujeto activo sea abogado, es elemento configurador del tipo que éste despliegue una acción u omisión que, en ambos casos, derivará en un resultado: el perjuicio manifiesto de los intereses que le fueron encomendados, sin que sea preciso que tales perjuicios hayan de ser económicos, bastando también los morales. Un ejemplo podría ser el del abogado que dice al cliente que se ha presentado una demanda en el juzgado, cuando no se ha hecho.

El Tribunal Supremo estima la concurrencia de perjuicios diciendo: "... el perjuicio no ha consistido únicamente en el intolerable retraso con que se ha reconocido su derecho a los perjudicados ... sino en la comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo con que aquéllos han percibido durante largos años, desde la presumible modestia de sus posibilidades económicas y su escaso conocimiento del mundo jurídico, cómo el tiempo pasaba y sus legítimas expectativas se desmoronaban cada vez más y, en ocasiones, parecían desvanecerse." [17]

La Jurisprudencia ha considerado como una infracción de esta modalidad el que "el acusado, faltando a las más elementales normas de cuidado y con desprecio a los intereses de su cliente, mostró una injustificada pasividad, para entregar un documento, que debió haber sido ya presentado en la Sala de lo Contencioso de no haber tropezado con la incuria del letrado. Consecuencia de tal extemporánea actuación, se produjo un

[14] Art. 248. 1 del Código Penal: Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

[15] Art. 199 del Código Penal: 1**.** El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. **2.** El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

[16] Art. 467.2 del Código Penal: El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

[17] Sentencia nº 1/1999 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 31 de Mayo de 1999.

decaimiento de los derechos que defendía, lo que supuso un perjuicio irreparable para su cliente".[18] Y es que, en el supuesto, el letrado estaba personalmente apercibido de las consecuencias de la no presentación del documento exigido en plazo.

En otro caso en que se aprecia la comisión del delito de perjuicio de parte, dice el Tribunal Supremo: "En nuestro caso un asunto que llevó como letrado de los perjudicados, lo consensuó con los condenados en juicio ejecutivo, sin conocimiento ni asentimiento de los titulares del crédito, condonando casi la mitad de la deuda con ocasionamiento de un perjuicio a los acreedores y ello a pesar de haber sido requerido de cese con antelación como letrado de la empresa. El pacto dañino realizado sin conocimiento y consentimiento del titular del crédito, en atención a la condición ostentada otrora de abogado del asunto y conocido de los deudores, encierra los elementos típicos del delito." [19]

Desde el plano de la culpabilidad, se requiere un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento en el que concurra imprudencia grave.

Es posible imaginar concursos entre este delito de perjuicio de parte con otras infracciones como la estafa, la apropiación indebida, la deslealtad de parte y el delito de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales.[20]

2. Delitos especiales impropios

a) Destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales[21]

Este delito es presentado en el Código Penal como básico, pudiendo descomponer su tipificación del siguiente modo: El sujeto activo es un abogado que interviene en un

[18] Sentencia nº 897/2002 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 22 de Mayo de 2002

[19] Sentencia nº 431/2008 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 8 de Julio de 2008

[20] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 176.

[21] Art. 465 del Código Penal: 1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años. 2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

proceso como tal, que actúa con abuso de su función, y que destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones recibidos precisamente por su cualidad profesional.[22]

Para que exista delito, se exige la concurrencia de dolo como voluntad consciente de realización de la acción, por lo que no cabe la comisión culposa o imprudente.

b) Revelación de actuaciones procesales secretas[23]

También presentado como básico, para la comprensión de este delito es necesario traer a colación el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[24], que se refiere al supuesto en que la autoridad judicial haya decretado el secreto total o parcial de las actuaciones.

Con respecto al elemento subjetivo, es necesario que el abogado sepa que se trata de actuaciones secretas, por lo que sólo es punible el comportamiento doloso.

c) Presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces[25]

Se trata de un delito presentado como tipo agravado en el caso de ser cometido por un abogado, para cuya perfección se requiere no sólo la presentación del testigo, perito o intérprete, sino que éstos efectivamente presten el testimonio, declaración o informe falso.[26]

La expresión "a sabiendas" que se contiene en el tipo implica su comisión dolosa y no culposa o imprudente.

---

[22] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 182.

[23] Art. 466.1 del Código Penal: El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

[24] Art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505.

[25] Art. 461 del Código Penal: 1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores. 2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

[26] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 189.

d) Incomparecencia ante juzgado o tribunal[27]

Se trata de un delito de mera inactividad, para cuya comisión se requiere que el sujeto activo haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable sea abogado; que deje de comparecer sin justa causa; que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional; que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, siendo éste el elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. El precepto también castiga a quien, habiendo sido advertido, lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya o no provocado la suspensión.

Como en la tipificación del delito se emplea la expresión "voluntariamente", sólo está prevista la comisión dolosa, pudiendo concurrir en concurso con el delito de perjuicio de parte.

IV. DELITOS COMUNES

1. Apropiación indebida

Respecto de este delito, cuando es cometido por abogado, existe un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 16 de diciembre de 2008, que dice lo siguiente: "I. El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del artículo 252 del Código Penal[28], comete un delito de apropiación indebida. II. La aplicación de la agravación prevista en el artículo 250.1.7 del Código Penal[29] se ajustará a las reglas generales. III. Además, cometerá un delito del

[27] Art. 463.1 y 2 del Código Penal: 1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión. **2.** Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

[28] Tras la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, la apropiación indebida se encuentra tipificada en el art. 253 de dicho texto legal, con el siguiente contenido: **1.** Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. **2.** Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

[29] Art. 250 del Código Penal: 1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando …7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y

art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado".

2. Estafa

Otro delito económico común, que puede ser cometido por el abogado es el de estafa, a propósito del cual se pronunció el Tribunal Supremo, sala 2ª, en su sentencia nº 472/2012, de 12 de junio.

Dicha sentencia condena a un abogado en ejercicio por delito de estafa, ya que recibía encargos profesionales, requiriendo a sus clientes de provisión de fondos y cantidades para consignar, y les hacía creer que iba a iniciar las correspondientes acciones judiciales, cuando en realidad hacia suyas dichas cantidades, entregando a sus clientes fotocopias de providencias firmadas y otras resoluciones judiciales que él mismo elaboraba y que sellaba con sellos oficiales.

Sin embargo, el abogado fue absuelto del delito de falsedad en documento privado, dado que del relato de hechos se desprendía que todas las falsificaciones documentales realizadas con el ánimo de perjudicar, implicaban un perjuicio que quedaba englobado en la mecánica propia del delito de estafa. De suerte que la concurrencia entre el delito de estafa y el de falsedad en documento privado, que así quedó calificado en la sentencia de acuerdo con una errónea calificación de las acusaciones, no puede resolverse con las reglas del concurso de delitos sino que ha de acudirse a las que regulan el concurso aparente de normas del art. 8 CP que, en el caso, condujo a aplicar la pena correspondiente al delito continuado de estafa.

3. Calumnias[30]

En ocasiones, en la práctica forense, se imputa a un letrado la comisión de un delito de calumnias en el que pueden ser sujetos pasivos Magistrados o Letrados de la Administración de Justicia, a quienes imputa delitos de prevaricación al dictar resoluciones que no le son favorables.

---

llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

[30] Art. 205 del Código Penal: Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Art. 206 del Código Penal: Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses. Art. 207 del Código Penal: El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

El delito de calumnias exige la concurrencia de dos circunstancias: la imputación de un delito perseguible de oficio a una persona o personas determinadas y el conocimiento de la falsedad de la imputación o hacer la imputación con un temerario desprecio a la verdad.

Han sido varias las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado al respecto.[31] En general, todas ellas coinciden en que la alusión a la actuación "parcial" del órgano jurisdiccional ha de entenderse amparada por el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada porque, en el contexto en que se emplea, no constituye una imputación de falta de imparcialidad del/de la juzgador/a sino que se utiliza como sinónimo de actuación arbitraria o caprichosa, que son descalificaciones que no atacan la autoridad o imparcialidad de los jueces. Además, excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada cuando en el ejercicio de la misma se efectúan afirmaciones y juicios ordenados a la argumentación necesaria para conseguir de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.[32]

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN GENERAL

A pesar de que las normas de responsabilidad civil derivadas de delito se encuentran en el Código Penal y a pesar también de la remisión a éste que hace el artículo 1902 del Código Civil ("Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal"), la mayoría de la doctrina declara que dichas normas tienen naturaleza civil.[33]

El artículo 109 del Código Penal obliga a la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito. En el mismo sentido, el siguiente artículo 116 declara la responsabilidad civil de los criminalmente responsables, si del hecho realizado se derivan daños o perjuicios. El artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, por otra parte, que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del

[31] ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 205.

[32] Sentencias del Tribunal Constitucional nº 113/2000, de 5 de mayo; nº 232/2005, de 26 de septiembre; y nº 155/2006, de 22 de mayo.

[33] DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos, AFDUA, 2003, pp. 228-231.

culpable, y puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios causados por el hecho punible.

Así, las tres formas que puede revestir la responsabilidad civil derivada del delito son la restitución, la reparación y la indemnización.

La restitución significa devolver la misma cosa al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito. No se trata de reponer las cosas a la situación anterior a la comisión del delito, lo que en ocasiones no supondría resarcimiento alguno, sino de hacerlo precisamente de forma que éste quede asegurado.

La reparación del daño consiste en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable. También determinará el Tribunal si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero (artículo 113 del Código Penal).

Ni en el ámbito del derecho privado ni en el penal ha sido posible fijar las diferencias sustanciales entre reparación de daños e indemnización de perjuicios. No obstante, el criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización, a las personas.

La determinación de la cuantía a la que ha de ascender la indemnización es facultad del Tribunal, pero se requiere fundamentación de las bases sobre las que se ha determinado (artículo 115 del Código Penal)

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO

Partiendo de que se haya determinado la responsabilidad penal del abogado por la comisión de alguno de los delitos a los que nos hemos referido en este trabajo, es importante pronunciarse a continuación acerca de la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos.

Como hemos dicho en el punto anterior, el artículo 115 del Código Penal es el que afirma que las bases para determinar la responsabilidad civil derivada de delitos deben

establecerse razonadamente en sus resoluciones. Esta responsabilidad no tiene otra especialidad que su origen y por tanto el tribunal puede fijar con entera libertad los términos y el alcance de la misma de acuerdo con lo acreditado en el juicio, si bien no cabe obviar los criterios fundamentales de determinación de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento[34], y es aconsejable acudir a los criterios jurisprudenciales que la establecen.

Como hemos de determinar el daño ocasionado a la víctima del delito, al ser el elemento constitutivo de la responsabilidad civil, empezaremos por explicar que la doctrina ha venido distinguiendo entre daños patrimoniales y daños morales.

El daño patrimonial se refiere a un bien o a un derecho susceptible de valoración económica directa, y puede ser material o personal.

Según el artículo 1106 del Código Civil, los daños materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. Es daño emergente el real y efectivamente causado, mientras que el lucro cesante se corresponde con la ganancia dejada de obtener, y se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso, por lo que sólo pueden incluirse en este concepto los beneficios ciertos y concretos que el perjudicado debió haber percibido si no se hubiera cometido el delito, sin que puedan incluirse los beneficios hipotéticos ni las simples expectativas no consolidadas.[35]

Por su parte, los daños personales o corporales consisten en la lesión de la integridad física o psíquica de la víctima.

Respecto de los daños morales, el Tribunal Supremo los ha definido[36] como aquéllos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente, por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

---

[34] RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil derivada de los delitos. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L. 1ª edición, 2015. ISBN-10: 8494438476, p. 43.

[35] RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil de abogados y procuradores. Septiembre 2013. Disponible [en línea]: http://www.monografias.com/trabajos97/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores.shtml

[36] Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de mayo de 2000 y 10 de diciembre de 2010.

Para que pueda plantearse la existencia de un daño moral indemnizable, se exige la prueba de la existencia de un sufrimiento o padecimiento psíquico. La jurisprudencia[37] se ha referido al sufrimiento psíquico o espiritual, al impacto emocional, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor, trastorno de ansiedad, etc. De ese modo, el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido. Pero debe matizarse, que se trata de un sufrimiento psíquico real, relevante y persistente, y no de cualquier molestia o desazón.[38]

Lo que acabamos de indicar puede servirnos, en general, para determinar el daño y la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por los abogados en el ejercicio de su profesión. Pero no podemos olvidar que, en nuestra jurisprudencia, existe una amplia casuística sobre los daños derivados de la mala praxis de los abogados.

La valoración o cuantificación del daño indemnizable es una de las más complicadas de cuantas suscitan los casos de responsabilidad del abogado, ya que en muchas ocasiones se trata de daños de naturaleza conjetural[39]. Por ello, una de las respuestas dada en los últimos tiempos y con mucho éxito por la jurisprudencia para resolver el problema, es la que se conoce como la del *principio de pérdida de oportunidad.* Se da este nombre al daño consistente en haber perdido el perjudicado la ocasión de haber visto satisfecho un determinado interés.[40] El daño por pérdida de oportunidad es, por definición, hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no haya una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarla.[41]

---

[37] Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de julio de 2007, 15 de junio y 10 de diciembre de 2010, y 13 de abril de 2012.

[38] RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil de abogados. Septiembre 2013. Disponible [en línea]: http://www.monografias.com/trabajos97/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores.shtml.

[39] REGLERO CAMPOS, L.F. La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. AFDUDC, 11, 2007, 785-813.

[40] DE ANGEL YÁGÜEZ, R. La responsabilidad civil del abogado. Indret Revista para el análisis del Derecho. Enero 2008, p. 42

[41] Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo y 27 de julio de 2006, y 28 de junio de 2.012.

En todo caso, desde siempre, la respuesta que ha tenido una notable acogida en la jurisprudencia para cuantificar el daño indemnizable, ha sido la del *daño moral* que significa para el cliente haberse visto privado de su derecho a obtener una respuesta a su pretensión, es decir, haber visto vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la Constitución.[42]

Se puede afirmar que, mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. Ello implica pasar por el cálculo de probabilidad, y aplicar el porcentaje obtenido sobre la total reclamación.

Además de los artículos 109.1 y 116.1, el Código Penal incluye una disposición de aplicación habitual a los supuestos de responsabilidad civil derivada de la mala praxis de los abogados, y que es la referencia expresa a las compañías aseguradoras, como responsables civiles directas, hasta el límite cuantitativo asegurado (artículo 117).

El artículo 78 del Estatuto de la Abogacía establece la voluntariedad del seguro de responsabilidad civil en el ejercicio profesional de los abogados. Sin embargo, el artículo 21 del Código Deontológico[43] obliga al abogado "a tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riegos que implique" y si presta sus servicios profesionales en otro Estado Miembro de UE "deberá cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil profesional conforme a las exigencias del Estado miembro de origen y del Colegio de acogida". Los Colegios de Abogados suelen suscribir un seguro que cubre a sus colegiados con un límite de cobertura, pudiendo

[42] DE ANGEL YÁGÜEZ, R. La responsabilidad civil del abogado. Indret Revista para el análisis del Derecho. Enero 2008, p. 42.

[43] Código Deontológico aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

contratar el abogado, para complementarla, un seguro voluntario de responsabilidad civil ampliado.[44]

No debemos olvidar que puede condenarse a una compañía de seguros que cubre el aseguramiento de la responsabilidad civil profesional de un abogado condenado por la comisión de uno de los delitos a los que nos hemos referido en este trabajo bajo la tesis de que, aunque el dolo no es asegurable, existe responsabilidad directa de la aseguradora ante los perjudicados por lo que, en el caso de que se ejerciten acciones penales contra el autor del delito, su aseguradora responderá directamente ante aquéllos, sin perjuicio de poder repetir después contra el causante directo de los hechos. [45]

VII. CONCLUSIONES

Al abogado se le impone el deber de la diligencia profesional. Según tiene establecido el Tribunal Supremo[46], las normas del Estatuto General de la Abogacía imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto. Cuando una persona sin formación jurídica ha de relacionarse con los tribunales de justicia, se enfrenta con una compleja realidad, por lo que la elección de un abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, y de ahí que se le exija una diligencia mayor aún que la del padre de familia.

En el ejercicio de su profesión, el abogado puede cometer delitos de los llamados "de propia mano" o especiales, pero también comunes que, aparte de atentar contra el funcionamiento de la Administración de Justicia, pueden causar daño a sus clientes, quienes son los sujetos pasivos de su delito en la mayoría de supuestos.

Para que la víctima pueda ser indemnizada civilmente como consecuencia de la comisión del delito, es necesario concretar el daño y cuantificarlo. En la responsabilidad médica, el daño se cuantifica mediante la indemnización de las secuelas resultantes por la negligencia médica, el coste de la intervención para restituirlas y la valoración de las circunstancias concurrentes, como la edad del paciente, su vida personal y familiar, los perjuicios físicos y psicológicos, etc.

---

[44] MONTERROSO CASADO, E. La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos. Saberes, revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales. Volumen 3 – Año 2005, p.13.

[45] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 15 de octubre de 2015.

[46] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de febrero de 1992.

Por su parte, en lo que respecta a la responsabilidad civil del abogado, nuestra jurisprudencia se ha decantado en muchas de sus sentencias por el criterio de los daños morales -derecho a obtener una resolución judicial donde aquella ganancia o beneficio se hubiera declarado- y, especialmente, por el principio de pérdida de oportunidad, que permite estudiar la probabilidad de éxito del derecho frustrado como consecuencia de la actuación del abogado, y hacer la valoración de la indemnización en base a la misma, bien estableciendo una indemnización equivalente al interés que se encontraba en juego, bien reduciéndola prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito de la acción frustrada, bien negándola por ser improsperable.

Considero que el principio de pérdida de oportunidad, que ha ido matizándose con el criterio de la probabilidad, es el más adecuado para resolver los supuestos de responsabilidad civil del abogado, huyendo de la postura objetiva, y requiriendo un nexo entre su mala praxis y el resultado lesivo, de tal modo que si éste se hubiera producido aunque no mediara aquélla, nada cabe indemnizar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS LÓPEZ, J.E. Responsabilidad civil y penal del abogado en el ejercicio de su profesión. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2015

DE ANGEL YÁGÜEZ, R. La responsabilidad civil del abogado. Indret Revista para el análisis del Derecho. Enero 2008

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La responsabilidad civil derivada de delito. Especial consideración de las personas jurídicas y entes colectivos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (AFDUA), 2003

MONTERROSO CASADO, E. La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos. Saberes, revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales. Volumen 3 – Año 2005

QUINTERO OLIVARES, G. Parte General del Derecho Penal, 4ª edición, Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, 1ª edición. ISBN:978-84-9098-671-4

REGLERO CAMPOS, L.F. La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. AFDUDC, 11, 2007

RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil derivada de los delitos. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L., 2015, 1ª edición. ISBN-10: 8494438476

RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil de abogados y procuradores. Septiembre 2013. Disponible [en línea]: http://www.monografias.com/trabajos97/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores/responsabilidad-civil-abogados-y-procuradores.shtml

* * * * * *

Ana Isabel Betrán Pardo
Fiscal Sustituta, Constantí, Tarragona. Socia de la FICP.

~Visión crítica de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad~

I. PLANTEAMIENTO

La publicación de la L.O.10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal trajo consigo la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico como tal de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, aunque lo cierto es que no fue presentada en sociedad como una gran novedad pues no se preveía como pena principal para ningún delito, sino que sólo aparecía como una pena de carácter sustitutivo de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una multa, si esta tampoco había podido satisfacerse por la vía de apremio (art. 53-2 CP) o como sustitutiva de la pena de arresto de fin de semana (art. 88-3 CP). Pero esta timidez inicial contrasta con el amplio desarrollo que tiene en nuestros días y que es propiciado principalmente, por el hecho de que se trata de una pena alternativa en delitos de frecuente comisión, y también y en el mismo nivel de importancia, por presentarse en momentos de crisis económica como una atractiva alternativa a las consecuencias más gravosas que en el aspecto personal acarrea una pena privativa de libertad o la carga que puede representar tener que abonar una pena pecuniaria.

Se trata de una pena que para su imposición requiere el consentimiento previo del penado, el cual ha de mantenerse durante todo el proceso de cumplimiento, y esta se configura como una de sus notas más características y en la que se encuentra la causa de que no esté prevista de manera exclusiva para ningún tipo delictivo.

En la actualidad son varios los supuestos en los que el legislador ha querido que la realización de trabajos en beneficio de la comunidad se constituya como una alternativa a las penas privativas de libertad, tanto como pena principal y también como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, y asimismo como pena sustitutiva residual ex art. 71.2 CP, o como condición a la suspensión de una pena privativa de libertad. Pero como en tantas otras ocasiones, el legislador no fue previsor y fue ampliando de forma progresiva el catálogo de delitos sin dotar a la administración penitenciaria ni a los órganos judiciales de medios

personales y materiales para lograr que su cumplimiento sea eficaz[1], de forma que las ya de por si saturadas condiciones de trabajo en las que se desenvuelven los servicios de ejecución, unido a otras circunstancias, traen como consecuencia que en muchas ocasiones la pena no pueda llegar a cumplirse dentro del plazo de prescripción, que en el caso de las penas menos graves es de 5 años.

La consecuencia de todo lo anterior es esta pena rodea de un halo de impunidad al delito cometido que nos conduce a reflexionar sobre su verdadera naturaleza y sobre si la misma cumple alguna finalidad de prevención especial.

Son muchas las cuestiones y controversias que surgen en torno a su ejecución que no se encuentran resueltas por el legislador y a las que la jurisprudencia no proporciona una respuesta uniforme y que acaban beneficiando al penado. Pueden citarse, entre otras, la saturación de los servicios de ejecución de estas penas, la poca atención que los Juzgados de Guardia en los supuestos de sentencias de conformidad dedican a realizar lo que podríamos llamar actividades preparatorias de ejecución de esta pena, la imposibilidad sobrevenida en torno a su cumplimiento por razones de enfermedad, para las que el legislador no ofrece ninguna alternativa, o las derivadas de la actitud obstativa o poco colaboradora del penado, quien necesariamente ha de prestar su consentimiento que ha de ser previo a la imposición de la misma y que ha de mantenerse a lo largo de todo el proceso de cumplimiento. Parece que se da por supuesto que el penado va a colaborar en la fase de ejecución, aunque esto quizás podría conseguirse en el mundo ideal en el que no vivimos, resultando más coherente y real sustituir esa quimera por el hecho de considerar que quien ya ha hecho caso omiso a las prohibiciones de la norma mediante la comisión del delito no va a colaborar de forma activa en el cumplimiento de las consecuencias derivadas de la condena que le ha sido impuesta. Pero la ralentización en el cumplimiento de la pena, también puede acarrear algún efecto adverso para el penado, como es el derivado del retraso en el plazo de cancelación de de los antecedentes penales debido al retrasado inicio de su cumplimiento.

Será por tanto el objetivo del presente trabajo ahondar en todas estas cuestiones que se plantean y proponer algunas soluciones que permitan dotar a la pena de trabajos

[1] Así lo expresaba la Exposición de Motivos del RD 1849/2009 cuando decía que la generalización del recurso a esta pena no ha venido acompañada, sin embargo, de la necesaria oferta de puestos de trabajo para su realización.

en beneficio de la comunidad de una verdadera finalidad para acercar a la misma al cumplimiento de fines de prevención especial.

II. EL PROGRESIVO CRECIMIENTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE TIPOS PENALES CASTIGADOS CON ESTA PENA

Históricamente, y salvando las distancias, podemos encontrar algunos antecedentes, tales como la previsión similar a la actual que aparecía en el art. 179-7 del CP de 1928 [2], o en el art. 91 del CP de 1822[3], en el que se hacía mención a este tipo de trabajos pero no catalogados como pena, sino como un modo de abonar la multa impuesta, aunque el antecedente más cercano lo encontramos en la legislación de menores, donde las prestaciones en beneficio de la comunidad representan más del 30% de las medidas impuestas por los Jueces de Menores[4].

Desde el punto de vista histórico, las razones de la aparición de estas penas parecen claras, pues si la justificación del Derecho Penal descansaba hasta hace bien poco en la necesaria retribución del mal causado, era evidente que el trabajo, y en particular, el trabajo prestado en condiciones de extrema dureza, servía para restaurar el orden jurídico, pues el dolor y sufrimiento que al penado le inflingía podía compensar el daño originado a la víctima del delito o a la sociedad en su conjunto. Si a ello le unimos que además liberaba a otro de su realización, podría entenderse su éxito, al punto que hoy en día y ante los delitos que más alarma social causan, se pueden oír voces nostálgicas que claman por poner a los delincuentes a picar piedra de forma indefinida, por considerar esta pena la verdaderamente oportuna[5]. Pero este pensamiento popular deviene imposible por la prohibición de trabajos forzados y como consecuencia de ello resulta necesario el consentimiento del penado.

---

[2] Artículo 179-7. Aprobado por RDL de 8 de septiembre de 1928, Gaceta de Madrid nº 257, de 13 de septiembre de 1928. "*Si el multado fuera declarado vago en la sentencia y no buscase o aceptase voluntariamente trabajo, será obligado a trabajar en las obras públicas del Estado, provincia o municipio, o se le internará en casas o asilos de trabajo, y del jornal que se le asigne se dedicará la mitad al pago de a multa, empleándose el resto en su manutención o asistencia*".

[3] Artículo 91. "*En todo caso de imposición de multa que no pueda pagarse con bienes del reo o de su fiador, concederá el Juez al primero un plazo proporcionado para el pago, y entretanto el responsable quedará en suspenso de los derechos de ciudadano, como deudor a los fondos públicos. Si no bastare, o si fuera escusado este medio por la absoluta insolvencia del reo, se le impondrá un arresto donde pueda trabajar, a razón de dos día por cada peso fuerte de multa*".

[4] MONTERO HERNANZ, T., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y los cambios en su marco de ejecución. Diario La Ley, nº 7574, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2011. Editorial Le Ley, p. 7.

[5] GÓMEZ RECIO F., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso. Diario La Ley, nº 7899, Sección Doctrina, 11 de julio de 2012. Editorial La Ley, p. 1.

Así pues, como apuntábamos al inicio, la introducción de esta pena como tal en nuestro ordenamiento jurídico se produjo por la L.O.1/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, concretamente en el art. 49, si bien su margen de aplicación quedaba limitado a la posibilidad de cumplir a través de este medio la pena de responsabilidad personal subsidiaria derivada del pago de una multa, según se disponía en el art. 53.2 CP y a la sustitución de la ya extinta pena de arresto de fin de semana, según recogía ya el art. 88-3 CP en su redacción original. Y si bien decíamos al inicio que el legislador actuó con cierta timidez, la misma en realidad sólo podría predicarse del hecho de su falta de previsión como pena principal, porque lo cierto es que no puede en modo alguno despreciarse la potencial virtualidad de la aplicación de esta pena como sustitutiva, pues cualquiera persona condenada por delito a pena de multa podría acabar cumpliendo la privación de libertad derivada de su impago a través de los trabajos en beneficio de la comunidad, cuyo desarrollo se contenía a nivel reglamentario en el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril.

Pero fue a través de las reformas efectuadas en 2003 y 2004 cuando aparece la posibilidad de introducir esta pena con carácter de pena principal. Más concretamente, la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, tipificaba por primera vez como delito menos grave el maltrato familiar que hasta entonces había tenido la consideración de falta e introdujo como pena principal aunque con carácter alternativo junto con la prisión. Por su parte, la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre estableció la pena de trabajos en beneficio de la comunidad para determinados delitos tales como, algunas modalidades de delitos contra la seguridad vial, el hurto y el robo de vehículos a motor y el delito de quebrantamiento de condena, así como para un buen número de las llamadas infracciones leves que eran las faltas. Igualmente, a partir del la entrada en vigor del citado texto, el art. 88 CP pasó a establecer la posibilidad de sustitución de las pena privativas de libertad las penas privativas de libertad que no excedieran de 1 año por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no previera esta pena para el delito de que se trate.

Y por último, la reforma operada por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, penalizó como delito muchas infracciones que hasta entonces tenían la consideración de faltas y estableció la posibilidad de castigar con esta pena de forma alternativa pero principal determinados

delitos que castigaban la violencia de género y doméstica, a la vez que suprimía esta pena para el delito de quebrantamiento. Y en este momento fue necesario modificar también el desarrollo reglamentario hasta entonces existente que vino de la mano del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo.

Pero sin duda alguna cuando se produjo una verdadera eclosión en torno a esta pena fue con la reforma efectuada en el CP por la L.O. 25/2007, de modificación del CP en materia de seguridad vial, que agravó las penas correspondientes a estos delitos y tipificó nuevas conductas, ya que además la estableció como penal alternativa a la prisión, pero conjunta con la multa. La reforma de la que hablamos, supuso toda una revolución en el Capítulo IV del Título XVII del Código Penal, pues constituyó la expresión de más amplio alcance del programa de política criminal presente en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2.007. Esta modificación era el resultado del compromiso de los poderes públicos de atender al problema creciente de la siniestralidad vial, que si bien no era nuevo en aquella fecha, fue entonces cuando comenzó a percibirse un cambio en la actitud social y en los poderes públicos que iniciaron un decidido combate a la tolerancia cero hacia los infractores. La opción de política criminal elegida se basaba en la criminalización de conductas algunas de las cuales hasta entonces eran únicamente infracciones administrativas y que derivan en el hecho de que, según se desprende la Memoria de la Fiscalía de Seguridad Vial[6] presentada en 2015 referida a datos de 2014, durante este año se impusieron 35.769 penas de trabajos en beneficio de la comunidad en los Juzgados de Guardia de toda España en juicios rápidos por delitos contra la seguridad vial, que representaron en este año 2.014 el 44 % de los escritos de acusación presentados por el Fiscal ante el Juzgado de Guardia.

Y como en ocasiones anteriores también hubo de modificarse la disposición reglamentaria que desarrollaba esta pena, lo que sucedió a través de RD 1849/2009, de 4 de diciembre.

Por su parte, la modificación realizada en el CP por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, afectó a esta pena no tanto en la ampliación del catálogo de delitos susceptibles de ser castigados con la misma sino en cuanto a su configuración, introduciéndose una novedad muy esperada por los operadores jurídicos en cuanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues si bien hasta ahora decía el texto legal que podrían

[6] https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015, p. 496.

consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, con esta reforma vino a ampliarse el marco en el que podrían ser desarrollados, permitiendo desde entonces el precepto que además de en lo anterior, consistan en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Y finalmente, en 2011 se dicta el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, para el desarrollo de esta pena, entre otras, y que trae consigo la derogación de los anteriormente mencionados. De esta forma, puede observarse que en cada una de las ocasiones que el legislador ha ampliado el campo de aplicación de los trabajos en beneficio de la comunidad, ha sido necesario reformar el desarrollo reglamentario previsto para su ejecución.

III. LAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE IMPOSICIÓN EN LA ACTUALIDAD

1. Como pena principal

Acabamos de comentar que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se encuentra prevista con carácter principal para determinados delitos pero siempre como pena alternativa, por ser necesario para su imposición que el penado otorgue su consentimiento, por lo que la acusación siempre podrá elegir esta pena o bien la pena de multa o la de prisión, o entre ambas, como ocurre en los delitos contra la seguridad vial para los que se prevé su imposición.

El catálogo de delitos que la prevén es el siguiente: los delitos de lesiones, amenazas, coacciones a en el ámbito familiar previstos respectivamente en los artículos 153, 171 y 172 CP; en el delito de nuevo cuño de acoso o *stalking* del art.º 172 ter, siempre que se refiera a personas a las que ampara el art. 173 CP; en el delito de robo y hurto de vehículo a motor y finalmente, en los delitos contra la seguridad vial previstos en los artículos 379, 384 y 385 CP. Y en cuanto a los delitos leves, la única previsión la hallamos en el art. 173-4 CP, que castiga las injurias y vejaciones injustas cometidas entre las personas a las que se refiere el art. 173 CP.

Y si bien será objeto de análisis pormenorizado más adelante, ha de hacerse hincapié en este momento que los delitos referidos, por ser en la mayoría de los casos de sencilla instrucción, suelen tramitarse a través del procedimiento de diligencias urgentes previsto en los artículos 797 y siguientes de la L.E.Crim, que en muchos casos terminan

a través de sentencia de conformidad. De ahí la importancia de exigirles a los jueces de instrucción un compromiso para dar inicio a la ejecución de esta pena en el propio juzgado de guardia, recién notificada la sentencia judicial ya que tienen en penado a su presencia, el cual, además, está asistido de letrado.

2. Como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa

Como apuntábamos *ut supra*, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa constituyó el primer paso adelante del legislador en torno a esta pena en el momento de la publicación del vigente CP, ya que además, un gran número de delitos se encuentran castigados con una pena de multa. Por otra parte ha de añadirse que de la lectura del texto legal tampoco existe obstáculo para que se cumpla de esta forma la multa proporcional, pues así se dispone en el art. 53-2 CP[7].

El art. 53 CP contiene un incidente procesal al que no siempre se atiende en su expresión más literal. Así, la imposición de una pena de multa puede dar lugar a que se produzca el fraccionamiento previsto en el art. 50-6 CP, de forma que el impago de dos de los plazos da lugar al vencimiento de los restantes. Una vez se haya producido el impago de dos plazos, detectada que haya sido esta circunstancia por el órgano judicial, lo procedente es atender a lo dispuesto en el art 53-1 CP y abrir la vía de apremio, pues en estos términos se expresa el texto legal[8] y finalizarla, en su caso, a través de una resolución que declare la insolvencia del penado y la transformación de la multa en responsabilidad personal subsidiaria. No obstante, es práctica habitual de algunos Juzgados, que una vez se pone de manifiesto el incumplimiento de dos cuotas consecutivas de multa, el trámite siguiente no sea la apertura de la vía de apremio, en base a la intuición o premonición de considerarla improductiva en la mayoría de los casos, sino que se realiza directamente la declaración de responsabilidad personal subsidiaria. En algunos casos, la relajación de las condiciones resulta tan laxa que ante la mera manifestación del penado de carecer de recursos con los que afrontar el pago de la multa, se produce de forma automática la declaración de responsabilidad personal

[7] No obstante, si se declarara incumplida esta forma de sustitución, sería complejo realizar el correspondiente abono, al no establecer el legislador módulos de conversión y dejarlo al arbitrio del Juzgador.

8 Artículo 53.1 CP. "Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o *por vía de apremio*, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas".

subsidiaria y el consiguiente traslado a la defensa del penado y al Fiscal, de forma sucesiva y por este orden, para que insten lo que a su derecho convenga en torno a la privación de libertad, pudiendo hallarse de entre sus pretensiones la del cumplimiento a través de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Entiendo que el traslado al Fiscal ha de ser sucesivo y no simultáneo, pues de otra forma no podrá valorar las circunstancias particulares que pueda hacer valer la defensa del penado.

En puridad, nos encontramos ante lo que a mi juicio podríamos denominar como una *pseudo*-sustitución, pues podrá revocarse en los mismos supuestos que si de la clásica y ya derogada sustitución se tratara. El mecanismo y forma de ejecución es siempre el mismo, con independencia de la terminología utilizada. En el caso de que se tuvieran los trabajos por incumplidos, la consecuencia es el retorno a la pena privativa de libertad originaria, previo abono de las jornadas que se hubieran cumplido, si fuera el caso, aunque ha de llamarse especialmente la atención de que este trámite se realizaba por aplicación a lo dispuesto en el artº 88-2 CP y este precepto ha dejado de existir, por lo que en puridad, actualmente no habría disposición legal que nos indicara cómo actuar en caso de que se declaren incumplidos los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, sin que el legislador haya realizado previsión alguna en el artº 53 CP similar a la existente en el precepto derogado.

3. Como pena sustitutiva residual en los supuestos de aplicación del art. 71-2 CP

Como acabamos de mencionar, la L.O. 1/2015 ha derogado el art. 88 CP que regulaba la sustitución de las penas privativas de libertad. No obstante, el art. 71-2 CP contiene un supuesto residual de sustitución *ex lege* que se refiere a las penas de prisión inferiores a 3 meses, ya que en caso de imposición de la misma, opera una sustitución automática de la pena privativa de libertad por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

En relación a este precepto ha de decirse que el tenor literal del mismo indica que no ha de aplicarse la sustitución a cualquier pena de prisión inferior a 3 meses, sino a aquellas que se alcanzan tras la aplicación de las reglas contenidas en los artículos precedentes, aunque la jurisprudencia ha determinado la posibilidad de aplicarlo a cualquier supuesto en que resulte una pena inferior a tres meses, como ocurriría en el

caso de que la pena de tres meses se alcance a través de la rebaja obtenida en la conformidad reglada de las diligencias urgentes.

En todos estos supuestos, el fundamento de la sustitución se encuentra en el hecho de que en el CP no existen pena de prisión inferiores a 3 meses, ya que el art. 33-3 establece que son menos graves las penas de prisión de 3 meses a 5 años y la pena de prisión inferior a 3 meses no se recoge en el apartado correspondiente a las penas leves, por lo que puede concluirse que desde el punto de vista legal es inexistente, de ahí la necesidad de su sustitución. Ni siquiera podría aplicársele el instituto de la suspensión, pues así se desprende de la expresión "*será en todo caso sustituida por multa o trabajos en beneficio de la comunidad*".

Debe igualmente destacarse que es opción jurisprudencial casi unánimemente admitida que, aún derogado el art. 88 CP y por tanto, inexistente el instituto de la sustitución, resulta posible la aplicación de la misma en fase de ejecución en aquellos casos en los que la sentencia condene con arreglo a las normas penales sustantivas vigentes en tanto lo estaba el instituto de la sustitución, esto es, antes de la entrada en vigor de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, si bien, la cuestión requiere de algunos matices cuya consideración escapa del objeto del presente trabajo.

4. Como condición a la suspensión de las penas privativas de libertad

Aunque la reforma efectuada en el CP por la L.O. 1/2015 elimina la sustitución de las penas privativas de libertad que se encontraba prevista en el art. 88 CP, se deja ver tras su entrada en vigor la influencia de la tradicional sustitución de las penas en la regulación de las condiciones a las que se puede supeditar la concesión del beneficio de la suspensión de las penas privativas de libertad, (entre las que se incluye la prisión, pero también la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa y la localización permanente), si bien con un tratamiento bien diferenciado, pues en la modalidad ordinaria de suspensión prevista en el art. 80-1 CP, la imposición de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad como condición a la suspensión tiene carácter potestativo, tal y como se expresa en el art. 84 CP. No obstante, el art. 80-3 CP recoge una modalidad ampliada de suspensión que por una parte flexibiliza los requisitos de la suspensión común, pero como contrapartida exige con carácter imperativo el cumplimiento de determinadas penas de las previstas en el art. 84, entre las que se encuentra la realización de trabajos en beneficio de la comunidad,

especialmente en los casos en los que resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

En estos casos participa más bien de la naturaleza de una medida o prestación a cuyo cumplimiento se condiciona la concesión o el mantenimiento de la suspensión acordada, aunque para el legislador no varía su naturaleza pues se refiere a ella en el Preámbulo de la Ley como pena, aunque ha de decirse que a falta de mayores especificaciones, una interpretación sistemática del texto penal obliga a concluir que no puede tener un tratamiento distinto del de la pena[9]. Otros autores [10]ponen de manifiesto que estamos ante una pena *sui generis*, dada la posibilidad de dar participación activa en el sistema penal a los condenados y a la propia comunidad sin que el mismo se resienta, si bien produciéndose una cierta contractualización de la pena al exigirse el consentimiento del penado para su realización. Y ello con base al derecho fundamental del ser humano a no ser sometido a trabajos forzados, reconocido en textos internacionales y en el art. 25-2 de la Constitución Española de 1978.

En cuanto a la duración, se establece un límite mínimo y uno máximo que han de relacionarse con la duración de la pena privativa de libertad impuesta. Así, es en el art. 80-3 CP donde se contiene el mínimo, referido a 1/5 de la pena impuesta y sin sobrepasar los 2/3 de la duración de la pena, lo que constituirá el límite máximo, tal y como indica el art 84-1 3º CP. Algunos autores[11], no obstante, mantienen que la duración deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 40-4 CP que establece el máximo de 1 año. Pero el art. 84-1 3ª CP no establece límite alguno, por lo que puede mantenerse que siendo posible la suspensión de penas privativas de libertad de hasta 2 años, el límite máximo para determinar la condición a la suspensión podría alcanzar los 16 meses de trabajos en beneficio de la comunidad, que son los 2/3 de la pena de prisión. Y en el caso de la suspensión extraordinaria del art. 80.5 CP, al permitir la suspensión de penas de hasta 5 años de prisión, dado que no está excluida de la imposición de condiciones para la suspensión como medida o pauta de comportamiento, podría llegarse a los 40 meses de trabajos en beneficio de la comunidad como condición a la suspensión extraordinaria, tratándose de una duración desmesurada que tendría numerosas dificultades prácticas para su configuración, ejecución y supervisión.

---

[9] FERRER GARCÍA, A. M., Penas y medidas de seguridad. Reforma del Código Penal. Cuadernos Digitales de formación, nº 46, Consejo General del Poder Judicial, 2015, p. 16.

[10] GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2014, p. 231.

[11] FERRER GARCÍA, A. M., Penas y medidas de seguridad, 2015, p. 18.

Por otra parte, el art. 86-3 CP establece que en caso de revocación de esta suspensión condicionada, se abonarán a la pena originaria la prestación de trabajos ya realizada.

Y en los casos de que la pena privativa de libertad a la que haya de aplicarse esta suspensión ampliada sea la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, se plantea una situación bastante peculiar que parte del hecho de que parece totalmente contradictorio un hipotético condicionamiento de la suspensión al pago de una multa, pues precisamente, la responsabilidad personal subsidiaria deriva ya del impago de una pena pecuniaria, por lo que parece que no queda otra alternativa que si es nos encontramos en el supuesto de que no puede concederse la suspensión ordinaria de la responsabilidad personal subsidiaria, habría necesariamente que condicionarse al cumplimiento de una serie de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, para las que sería necesario el consentimiento del penado, al que entiendo que únicamente le quedarían dos opciones: o prestarlo y realizar los trabajos o cumplir la pena privativa de libertad. Podrá decirse no obstante que acudir al instituto de la suspensión ampliada o extraordinaria no es la única opción que tendría un penado de eludir el cumplimiento de una pena privativa de libertad en caso de que lo que quiera eludirse sea la responsabilidad personal subsidiaria. Y ello, es cierto, pues podría cumplir los días de privación de libertad en jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad a través de lo que hemos denominado pseudo-sustitución. Pero en supuestos de penas más elevadas, por ejemplo, 12 meses de responsabilidad personal subsidiaria derivados de una multa de 24 meses, resulta más beneficioso cumplir como condición a la suspensión una serie de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad de entre 1/5 y 2/3 de la pena impuesta, que no cumplir 12 meses de trabajos en beneficio de la comunidad.

IV. PRINCIPALES CONTROVERSIAS SURGIDAS EN LA EJECUCIÓN DE ESTA PENA

1. Alcance de la actividad ejecutora de los Juzgados de Guardia y de Violencia sobre la Mujer en supuestos de sentencias de conformidad

El art. 800 de la L.E.Crim en sus apartados 2 y 3 delimita el ámbito de intervención del Juez de Instrucción o de Violencia sobre la mujer que ha dictado una sentencia de conformidad en el marco de unas diligencias urgentes que, como ya hemos apuntado, se refieren en un altísimo porcentaje a delitos que pueden llevar aparejada una pena de trabajos en beneficio de la comunidad. El precepto regula, no obstante, la

participación del Juez de guardia en la suspensión de la pena privativa de libertad[12]. Así las cosas, podría parecer a primera vista que las únicas competencias relacionadas con la ejecución que el legislador le atribuye al Juez de Instrucción o de Violencia contra la Mujer son las referidas a la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad. No obstante, el párrafo cuarto del mismo precepto, contiene una mención que a nuestro juicio indica sin género de duda, que será el Juez de Instrucción quien deberá realizar también otras actividades de ejecución distintas a las apuntadas. En efecto, en este apartado se dispone lo siguiente:

"*Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución*".

Por ello, considero que cuando el precepto se refiere a que "realizará los requerimientos que de ella se deriven", se está refiriendo a que realice todos los requerimientos que sean procedentes para encaminar la ejecución de cualquier pena impuesta, así como del pago de la responsabilidad civil si la hubiere. Así, en la práctica no se concebiría que, dictada una sentencia de conformidad que contenga una pena accesoria privativa de derechos como la de prohibición de aproximación y comunicación, no se efectuaran por el Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer los requerimientos pertinentes en torno al inicio de esta pena; requerimientos estos de cuya correcta realización depende en ocasiones la posterior imputación de un delito de quebrantamiento de condena. Y lo mismo ocurría en el caso de que el requerimiento a practicar se refiera a otra pena privativa de derechos como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, pues es práctica habitual en los Juzgados de Guardia, practicar el requerimiento de esta pena privativa de derechos y dar inicio a la ejecución.

Desde esta perspectiva, la pregunta que no podemos dejar de plantearnos en el ámbito del tema del que trata el presente trabajo es, por qué en la mayoría de los casos

[12] El precepto continúa refiriéndose a la sustitución debido a buen seguro, a una imprecisión del legislador que no reparó en dicha circunstancia en ninguna de las reformas efectuadas a lo largo de 2015. No obstante, ya hemos mencionado que sigue existiendo como posibilidad la sustitución imperativa que ordena el art. 71-2 CP en el caso de penas de prisión inferiores a 3 meses.

este mismo Juez no se plantea actividad ejecutora alguna en torno a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando esta pena es impuesta como principal, como sustitutiva ex artº 71-2 CP o como condición a la suspensión. Y lo hacemos desde el conocimiento de que su actividad ejecutora en torno a esta pena en bastante limitada, pero en modo alguno puede decirse que sea nula, manteniendo desde aquí que este Juez puede realizar algunas actuaciones que si bien no estarían dirigidas directamente a ejecutar la pena, si lo estarían a facilitar la continuación de la ejecución en el Juzgado de lo Penal y a trasladar al penado las consecuencias de la pena a la que ha sido condenado previa la prestación de su consentimiento, para que así tome verdadera conciencia que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es una auténtica pena que tiene cargas y consecuencias para él como cualquier otra, dado que en ocasiones se percibe entre los penados a trabajos en beneficio de la comunidad una sensación de que a través de su imposición, han eludido las consecuencias más gravosas para su libertad o su economía que les traerían consigo otras penas.

Generalmente, se parte de la premisa equivocada de que el condenado va a facilitar y colaborar en todo momento con la Administración penitenciaria o con la judicial en su cumplimiento. Pero la práctica diaria demuestra precisamente la situación contraria. Y resulta harto frecuente que cuando el Juez de guardia o de violencia sobre la mujer ha remitido las actuaciones al Juzgado de lo Penal para continuar con la ejecución, tal y como expresan los preceptos citados, el Juzgado de lo Penal haya de realizar numerosas gestiones para la localización del penado, sin que su actitud obstativa pueda ser objeto de sanción o apercibimiento alguno con el que intentar erradicar desde el inicio una eventual falta de colaboración.

Nos estamos refiriendo a que el Juzgado de Guardia o de Violencia sobre la Mujer, teniendo presente al penado que se acaba de conformar con la pena solicitada por la acusación o acusaciones, debería practicar un requerimiento para asegurar la presencia del penado ante el organismo correspondiente encargado de elaborar el Plan de Ejecución de la pena impuesta, ya que además, si esta ha sido impuesta con carácter principal, no existe previsión legal de cumplimiento de otra forma que no sea la pena originariamente impuesta, pues en el caso de que el penado revocara su consentimiento, el delito quedaría impune sin posibilidad de imponer otra de las penas alternativas previstas.

Por ello, considero que entre las funciones/obligaciones del Juez de Guardia o de Violencia sobre la Mujer se encuentra la de realizar como diligencia que da inicio la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad una comparecencia al penado en donde se le transmita la trascendencia de la condena impuesta, y se le ofrezca una mínima información sobre su desarrollo para que comprenda la verdadera importancia de estar a disposición en todo momento mientras dure la ejecución tanto del órgano judicial que ha de ejecutar la pena como del organismo de la administración penitenciaria encargado de hacerlo. Sería preciso transmitirle que tiene la obligación de comunicar los cambios de domicilio que realizara y advertirle de las consecuencias que pueden derivarse de su falta de compromiso para con el cumplimiento de la pena. Sobre este particular trataremos más adelante, pues tampoco sirven de gran ayuda a una eficaz ejecución la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes en torno al hecho de las consecuencias que deben derivarse de la no presentación del penado ante los servicios de ejecución, ya que una parte de la doctrina entiende que ello podría dar lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento de condena y otros consideran que esto no podría ser así, dado que la pena sólo se quebranta cuando se ha iniciado su cumplimiento, y no puede predicarse tal condición de otra cosa que no sea el inicio del cumplimiento efectivo de las jornadas de trabajos a realizar una vez aprobado el Plan de Ejecución. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Por ello, considero que a fin de contribuir a un eficaz cumplimiento de la pena, el Juez de Guardia, a continuación de haber declarado la firmeza de la sentencia, y aprovechando que tiene a su presencia al penado podría advertirle en el transcurso de una comparecencia que tiene la obligación de comunicar los cambios de domicilio que realice y también, la de acudir a los servicios de ejecución de la pena cuando sea citado y que en caso de no cumplir con alguna de estas dos condiciones podría incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial del art.. 556-1 CP, que castiga la desobediencia grave y que derogada la falta del art. 636 CP se presenta como el único precepto donde incardinar una conducta obstativa de estas características o incluso, de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, que sólo podría consumarse en el territorio de aquellas Audiencias Provinciales que mantienen la tesis consistente en considerar que el inicio de la ejecución se produce con la presencia del penado en la entrevista personal a fin de conocer sus circunstancias personales, familiares y laborales, su perfil académico, la naturaleza del delito cometido, para así determinar el

tipo de recurso o actividad que el penado ha de desarrollar. Considero que esta se presenta como una de las pocas formas de sensibilizar al el penado para que tome conciencia de la importancia de colaborar en el cumplimiento de la pena y de poder actuar posteriormente si se detecta una voluntad obstativa al cumplimiento. Pero también es cierto que ello no garantizaría en modo alguno que el penado acudiera a la entrevista con los Servicios de Gestión de Penal. Podría incluso mantenerse que una vez deducido testimonio por el primer delito de desobediencia, nada obstaría a que se le requiriera nuevamente en los mismos términos cuantas veces fuera necesario, sobre todo en el caso de que la pena se imponga como principal. Cada incomparecencia del penado podría dar lugar a un nuevo testimonio por delito de desobediencia, pero ello seguiría sin garantizar la presencia del penado ante la autoridad penitenciaria para la elaboración del plan, si esta fuera su voluntad.

Cierto es que podría decirse que podría resultar desproporcionada la aplicación de este criterio ya que una misma acción acabaría conformando dos delitos. Pero no se trataría de la misma acción, pues el inicio de las segundas diligencias sería consecuencia de haber incumplido con las cargas que representan para el penado la propia imposición de una pena de esta naturaleza y de las que habría sido advertido de forma conveniente y el delito no sería sino consecuencia de un acción u omisión voluntaria del penado que con conciencia y voluntad hubiera decidido no cumplir con dichas cargas.

Otra de las soluciones que considero que podría imprimir agilidad en la ejecución de la pena sería que la administración penitenciaria previera la posibilidad de implantar servicios de guardia similares a los del Juzgado, para que pudieran realizar la entrevista con el penado inmediatamente después de que éste finalizara las diligencias correspondientes ante el Juzgado de Guardia, para que de esta forma, pudiera elaborarse el Plan de Ejecución que podría comenzar a cumplirse de forma inmediata, ya que el RD 840/11 eliminó la necesidad de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación, encomendándole las funciones de control y seguimiento.

Entiendo que de esta forma podría evitarse, como ocurre en la actualidad, que las penas no se cumplan en el plazo de prescripción del delito, lo que parece que podría no resultar sorprendente cuando se trata de penas que por ser inferiores a 31 días de trabajos tienen la consideración de leves y que prescriben en el plazo de 1 año, pero esto no debería de producirse en modo alguno en el caso de penas de duración superior a la mencionada, cuyo plazo de prescripción es de 5 años. Y sin embargo, la práctica nos

indica que esto es así y que en muchos casos transcurre el plazo de 5 años sin que la pena haya podido iniciarse, generalmente por falta de localización del penado, sin que resulte claro que pueda acordarse su detención para procurar su comparecencia y sin que al mismo puede imputársele un delito de desobediencia o quebrantamiento, por no haberse practicado un requerimiento en forma en el momento de ser condenado por el Juzgado de Guardia o por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Una de las soluciones que podrían barajarse sería aquella cuya iniciativa correspondería a la Fiscalía consistente en que en los procedimientos de juicio rápido, la pena ofrecida a la defensa para posible conformidad, contando con la reducción del tercio, fuera superior a 31 días. Pero esta solución sólo sería viable para supuestos de conformidad ya que en los procedimientos en los que se dicta sentencia una vez celebrado el juicio oral, el Juez en la sentencia tiene la obligación de justificar la pena a imponer con arreglo a las circunstancias particulares existentes en cada caso, tras la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que pudieran concurrir y el grado de perfección del delito y podría resultar una pena inferior a 31 días.

2. La localización del penado para la obtención del consentimiento del penado y resto de comunicaciones necesarias, el cambio de domicilio durante la ejecución y el posible cumplimiento fuera del territorio nacional

a) La localización del penado.

La praxis indica que generalmente han de utilizarse un gran número de recursos materiales y personales para procurar la presencia del penado ante los organismos encargados de la ejecución de la medida. Generalmente, el mecanismo es el siguiente: El Juzgado de lo Penal procede a liquidar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en el caso de que resulte oportuno practicar algún abono como puede ser la privación de libertad sufrida policial o judicialmente en el momento de la comisión del delito. Una vez aprobada la correspondiente liquidación, si es que esta procediera, lo siguiente, es remitir una comunicación u oficio al organismo encargado de ejecutar la pena haciendo constar la duración de esta y el domicilio del penado. A partir de ahí, el servicio de ejecución inicia el contacto con el penado a través de los datos que se le han proporcionado. Puede incluso solicitar de la Policía que proceda a la citación, o remitirla por correo u otro medio del cual quede constancia de su recepción. Y en el caso de que la localización resulte imposible, deberá dirigirse al órgano ejecutor

solicitándose instrucciones. El Juzgado entonces procederá a averiguar si el penado tiene otro nuevo domicilio y bien puede hacerlo solicitando a la Policía que previa consulta en sus bases de datos le proporcione los que tuviera, o también a través de la aplicación Punto Neutro Judicial a disposición de los Juzgados. En esta aplicación puede consultarse la existencia de otros domicilios existentes en las bases de datos de los siguientes: Agencia Tributaria, Catastro, Instituto Nacional de Estadística, Dirección General de Tráfico, Instituto Nacional de Empleo (SEPE), Cuerpo Nacional de Policía y Tesorería General de la Seguridad Social. Efectuada la consulta puede ocurrir que aparezcan distintas direcciones pertenecientes al penado, pero con los datos que dicha base proporciona no puede conocerse si esas direcciones son actuales, recientes o pasadas, pues no reflejan el dato de cuando se ha producido la última modificación, de forma que si aparecen direcciones en distintos lugares de la geografía, deberá intentarse la localización del penado en todas ellas, lo que como decíamos implica una falta de optimización de recursos personales y materiales que además no garantizan el cumplimiento del objetivo propuesto que es la presencia del penado ante el organismo encargado de elaborar el Plan de ejecución.

Y en el caso de que la pena no tenga carácter originario sino sustitutivo o pseudo-sustitutivo o se trata de una condición a la suspensión, esta localización y presencia del penado en el proceso será necesaria primeramente para la obtención del consentimiento, pues sin el mismo no podría acordarse la concesión de ninguno de estos beneficios y posteriormente para procurar su comparecencia ante los servicios que han de elaborar el plan. Por otra parte, considero que este consentimiento del penado no puede obtenerse a través de la representación del penado en el procedimiento.

Como expresa la doctrina[13], resulta discutible que en tales casos en los que el penado no comparece ante los servicios de ejecución, pueda acordarse la detención por el órgano judicial encargado de tramitar la ejecutoria, pues esta supuesto no está contemplado en los motivos por los que procede la detención conforme a lo dispuesto en los arts.490 y 490 de la L.E.Crim, y además partimos que los trabajos en beneficio de la comunidad son de carácter voluntario, siendo que este consentimiento no sólo ha de prestarse inicialmente, sino que ha de mantenerse durante toda la ejecución, por lo que

[13] RUÍZ FONT, V., Problemática actual que plantea en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Relación con los Juzgados sentenciadores. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid, septiembre de 2010. www.poderjudicial.es, p. 8.

la incomparecencia del penado ante el Servicio de Gestión de Penas para la entrevista inicial, podría interpretarse como una revocación tácita del consentimiento inicialmente otorgado. No obstante lo anterior, desde aquí defendemos la opinión contraria entendiendo que la detención de un penado en esta situación podría incardinarse en el art. 493-3º de la L.E.Crim, pues de la misma forma en que no se discutiría la detención de un penado quien no hubiera procedido al ingreso voluntario en un centro penitenciario para cumplir una condena privativa de libertad, puede mantenerse que podría detenerse a quien hace caso omiso a las citaciones del Servicio de Gestión de Penas, dado que bajo nuestro punto de vista, lo que se encuentra prohibido es obligar a realizar trabajos forzados, entendiendo que la realización de una entrevista para la elaboración de un plan de ejecución no lo es. Distinto sería el supuesto de que elaborado el plan el penado se negara a dar inicio al mismo, cuestión esta que trataremos más adelante.

b) El cambio de domicilio durante la ejecución.

Otra de las eventualidades ante las que podemos encontrarnos es qué ocurre si el penado cambia de domicilio por causas ajenas a su voluntad y debidamente justificadas. Sobre esta cuestión han de distinguirse dos supuestos, pues en primer lugar, si el penado se encuentra en libertad y no se ha dado inicio al cumplimiento del plan, el Servicio de Gestión de Penas trasladará el expediente al lugar del nuevo domicilio. Pero si el cambio de domicilio se produce una vez haya dado comienzo la ejecución del plan, el Servicio de Gestión de Penas trasladará el expediente al lugar donde corresponda, donde se elaborará un nuevo plan por las jornadas que resten por cumplir.

También puede suceder que la persona condenada resida en el extranjero o traslade el domicilio al extranjero. En el primer caso habrá de estarse a lo que dispongan los convenios bilaterales sobre ejecución de sentencias penales en el extranjero suscritos entre España y los países respectivos de donde sea nacional el penado. Y en el caso de un ciudadano español que se traslade al extranjero, la cuestión es si cabría la ejecución señalando como lugar de cumplimiento una embajada o un consulado o incluso instalaciones militares o civiles españolas o buques de pabellón español que formen parte de contingentes desplegados en el extranjero.

Y si bien se adivina una buena dosis de complejidad, en principio no existiría inconveniente siempre que se trate de una actividad pública de las contempladas en el

art. 49 CP y el penado se adscribiera a una institución que pudiera considerársele territorio nacional[14].

3. Algunas zonas oscuras y de conflicto entre los órganos judiciales y administrativos encargados de la ejecución

Hemos anticipado que cuando la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad obedezca a una condición impuesta a la suspensión, la doctrina no se pone de acuerdo sobre si han de tener la consideración de pena o de medida, por lo que se plantea la cuestión de a quien corresponde la competencia del control de la ejecución si al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o al órgano que tramita la ejecutoria. La solución, a juicio de SORAYA ZERAIBI[15], pasa por considerar que la competencia es de quien tramita la ejecutoria pues carecería de sentido otorgarla al JVP cuando es el órgano que condenó quien tiene la potestad de revocar la suspensión previa valoración de las circunstancias que hayan concurrido, agravando si procediera las duración de la suspensión o sus condiciones, tal y como permite el art. 86, pues lo contrario podría conducirnos a la absurda conclusión de que el JVP tuviera por incumplidos los trabajos en beneficio de la comunidad y estando su decisión pendiente de alcanzar firmeza el órgano sentenciador valorara la oportunidad de revocar o no la suspensión, entendiendo que no ha de ser revocada.

4. La imposibilidad sobrevenida de cumplimento por enfermedad u otras circunstancias

Partiremos de la premisa de que la regulación tanto penal como reglamentaria de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en momento alguno excluye que pueda ser condenado a esta pena una persona que tiene declarada una incapacidad laboral, a personas con enfermedades impeditivas o a personas que ya no se encuentran en edad laboral. Además, cuando en el Juzgado de Guardia el Fiscal negocia con la defensa del investigado una posible conformidad, no tiene por qué conocer que el futuro penado se encuentra en esta situación, siendo este mismo el caso del órgano sentenciador. De esta forma, los Servicios de Gestión de Penas tienen la obligación de buscar al penado un trabajo que se adapte a sus circunstancias particulares.

---

[14] RUÍZ FONT, V.B., Problemática actual, 2010, p.11.

[15] ZERAIBI LARREA, S., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, p. 9. Recurso electrónico disponible en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA_Zeraibi.pdf?idFile=ea29f13e-2ed5-4c18-92c1-44d019c18df2.

Pero la realidad es otra diferente y en ocasiones se condena a esta pena a personas que no se encuentran en condiciones de cumplirla, ya sea porque sus condiciones físicas o psíquicas ya no lo permiten de inicio o bien porque esta imposibilidad aparece de forma sobrevenida. Y todo ello, aún constando el consentimiento del penado a la realización de los trabajos.

En la práctica no resulta infrecuente que nos encontramos ante alguna de estas circunstancias y la solución no se presenta sencilla. En estos casos, el Servicio de Ejecución de la Pena comunica al Juzgado la eventualidad y si se trata de una incapacidad temporal, podrá esperarse a que el penado recupere la salud para seguir cumpliendo la pena. Pero si tras el examen del penado por el Médico Forense o a través de otro informe emitido por un facultativo se acredita la imposibilidad para realizar cualquier actividad, por liviana que esta sea, no existe ningún mecanismo al que acudir para paliar esta situación. Si la pena de trabajos ha sido impuesta en origen, no puede declararse su incumplimiento pues la falta de cumplimiento se deberá a circunstancias ajenas al penado. Si se ha impuesto como una condición a la suspensión, entiendo que no podrá esta revocarse pues estamos ante idéntico argumento que en el caso anterior. Y lo mismo si se trata de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la pena de multa.

Por ello, no puede sino concluirse que nos encontraríamos ante situaciones de impunidad y de desnaturalización de la pena cuya solución podría haber previsto el legislador a través de algún mecanismo a aplicar a supuestos de esta naturaleza como podría ser la transformación en una pena de multa con arreglo a los módulos de conversión establecidos en el CP, que aún en caso de impago podría transformarse en responsabilidad personal subsidiaria que podría ser objeto de suspensión si se cumplieran los requisitos legales.

También en ocasiones existen dificultades para encontrar una ocupación adecuada a las circunstancias personales del penado. Nos estamos refiriendo a casos extremos en los que elaborado el plan, el penado no inicia su cumplimiento por falta de recursos económicos para trasladarse hasta el lugar señalado. Entiendo que esta eventualidad podría suplirse como en el caso anterior a través de una previsión legal, pues el legislador ha previsto para otras penas numerosas situaciones de conmutación de la originaria por otra, pero no ha previsto ni una sola para el caso de que concurra alguna

de las circunstancias expuestas en este apartado u otras análogas, ni para el caso de que el penado revoque su consentimiento.

5. La actitud obstativa o poco colaboradora del penado y el delito de quebrantamiento

Establece el punto 6ª del artículo 49 del Código Penal que los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y, estableciéndose a continuación una serie de hipótesis que merecen ser comentadas:

- **Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena**.

Se trata de el supuesto más frecuente de incumplimiento y se da bien cuando el penado interrumpe injustificada y reiteradamente el cumplimiento de su prestación o bien cuando no comparece el día y hora señalado al centro donde realizarla ni alega y/o justifica motivo alguno que impida su prestación lo que supone la exteriorización de su rechazo voluntario al cumplimiento de la pena. Seguidamente volveremos con esta cuestión.

- **A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible**.

Se trataba de un motivo residual igual que el contenido en el punto siguiente.

- **Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación, referidas al desarrollo de la misma**.

Este motivo suele refundirse en la práctica con el primero por expresar o manifestar el penado con esta actitud de oposición e incumplimiento "reiterado y manifiesto" un rechazo voluntario al cumplimiento de la pena.

- **Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro**.

Se trata este último de un apartado abierto que alude a "cualquier otra razón" que deberá estar lógicamente debidamente motivada por el responsable del trabajo en el informe que remita a los Servicios Sociales Penitenciarios. Una vez valorado el informe,

el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

A continuación de este apartado el texto legal dispone que en caso de incumplimiento se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468 del Código Penal.

Y como dice GIRALT PADILLA[16] la inaplicación de la doble consecuencia derivada de un incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no debe fundamentarse en la prohibición de la doble punibilidad de un mismo hecho, sino en la especial y particular naturaleza voluntaria de esa pena en la que, como se ha dicho, es esencial la conformidad del penado. En este sentido, si el sujeto rechaza el cumplimiento y revoca unilateralmente el consentimiento, desaparece uno de los requisitos esenciales para poder ejecutar la pena de trabajos. De ahí que, si se sancionan estos supuestos por la vía del quebrantamiento de condena, es precisamente porque no puede ejecutarse forzosamente y supone la revocación unilateral del consentimiento necesario para la aplicación de esta pena, sin el cual el órgano judicial no puede imponerla, habida cuenta que el ius puniendi del Estado en relación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad está totalmente vinculado a ese consentimiento expreso que requiere el artículo 49 CP.

Y llegados a este punto se hace preciso distinguir que se trata del incumplimiento de una pena principal o se haya acordado la realización de los trabajos en los demás supuestos.

a) Si la pena se ha impuesto con carácter de principal.

Nos situamos ahora en los supuestos en los que el incumplimiento es imputable al penado. Y como hemos comentado anteriormente, la jurisprudencia no se pone de acuerdo en fijar el momento en el que ha de tenerse por iniciado el cumplimiento de la pena a los efectos de valorar la oportunidad de imputar un delito de quebrantamiento. La problemática derivada del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad surge de su propia naturaleza. Así de la lectura de los arts. 33 y 39 del CP, se desprende que estamos ante una pena "privativa de derechos", porque el legislador la

[16] GIRALT PADILLA, C., Consecuencias del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La Ley Penal, nº 112, En-feb 2015, p. 4.

ha incluido en la sección de "penas privativas de derechos". Pero mientras otras penas privativas de derechos imponen al penado una obligación de no hacer (piénsese en la pena privativa del derecho a conducir o en la prohibición de aproximación), la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impone una obligación de hacer, un hacer que en todo momento exige el consentimiento del penado a fin de evitar los trabajos forzosos prohibidos por el art. 25 de la CE, de tal modo que el penado puede decidir no hacer o dejar de hacer en cualquier momento desde que se dicta la sentencia que le impone la pena de trabajos en beneficio de la comunidad con su consentimiento, bien a través de su incomparecencia ante el servicio de gestión de penas a fin de elaborar el plan, bien no acudiendo a la entidad donde tiene que cumplir el mismo no cumpliendo por lo tanto ninguna jornada o dejando de asistir una vez ya iniciadas las jornadas, lo que nos lleva a plantearnos cuando comienza la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad existiendo dos teorías[17].

La primera mantiene que la ejecución comienza desde el momento en el que el penado es citado para comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas. Esta teoría es seguida por algunas Audiencias como la de Alicante, Pontevedra, Álava, Badajoz, Soria, Jaén y Cáceres, entre otras. Pero existe una segunda posición que considera que no se inicia la ejecución hasta que no se ha elaborado un Plan de Ejecución, posición esta que es defendida por las Audiencias Provinciales de Málaga, Barcelona, Albacete o Tarragona. Esta postura no presenta problemas cuando el penado ha cumplido alguna de las jornadas de trabajos, pero cuando no acude a los llamamientos del Servicio de Gestión de Penas, de no constar un requerimiento en forma, no podrá imputarse el delito de quebrantamiento, de ahí la importancia de que tanto el Juez de Guardia, como el Juez del Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial practiquen un requerimiento en forma cuando tengan al penado a su presencia advirtiéndole de las consecuencias que pueden derivarse de su falta de colaboración, pues lo contrario supone que en el caso de penas originarias sería dejar al arbitrio del penado el cumplimiento de la pena, pudiéndose llegar a la circunstancia de que el delito se quede sin sanción.

Esta solución, la del requerimiento en forma ha sido adoptada por algunas Audiencias, pero la existencia de criterios jurisprudenciales dispares no es la situación más deseable ya que atenta contra el principio de seguridad jurídica y el de igualdad. Además, sobre esta circunstancia, no existe un cuerpo de doctrina emanada del Tribunal

[17] ZERAIBI LARREA, S., La pena de trabajos, p. 19.

Supremo, ya que contra las resoluciones dictadas por las Audiencia Provinciales en materia de ejecución no puede interponerse recurso de casación (salvo en materia de acumulación de condenas), por lo que sólo el legislador podría poner punto final a la situación mediante el establecimiento de unos postulados claros contenidos en el Código Penal sobre cuándo ha de tenerse por iniciado el cumplimiento de la pena. Y ello, de la misma manera que ha previsto las circunstancias del no cumplimiento de otras penas, si bien nunca ha sentido la necesidad de regular ni legal ni reglamentariamente, determinados aspectos relacionados con la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad, por más al final constituyan un recurso al que se acude en numerosas ocasiones, tal y como venimos analizando.

No obstante, el problema persistiría cuando cualquiera de los tres órganos citados dictara una sentencia que fuera en estricta conformidad, pues estas alcanzarían firmeza en el momento de dictarlas con el penado presente. Pero en el caso de que el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial dictaran sentencias que no fueran de conformidad, debería procurarse la presencia del penado en el juzgado o tribunal para practicar el requerimiento que contenga la obligación de hacer de presentarse en el Servicio de Gestión de Penas. No obstante, en estos casos, la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad debería haber ido precedida en el acto del juicio de la expresión de la voluntad del penado de cumplir con esta pena para caso de condena.

Desde otra perspectiva, un sector de la doctrina sostiene que en estos casos lo procedente, tras deducir testimonio por el quebrantamiento, es proceder a elaborar un nuevo plan, pues el artº 49 CP dispone que no podrán realizarse los trabajos si falta el consentimiento del penado, pero otra cosa muy diferente es que dicha pena no pueda ejecutarse sin su consentimiento, pues la potestad de ejecutar lo juzgado corresponde a los Jueces y Tribunales y además, el artº 130 CP no contiene entre las causas que extinguen la responsabilidad criminal el incumplimiento de la pena por el penado, por lo que con este argumento podría justificarse que la pena que no se haya cumplido, deberá seguirse cumpliendo. Y ello, entendemos, durante el plazo de prescripción del delito.

Igualmente, en este supuesto ha de mencionarse que quien resulta competente para declarar el incumplimiento es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

b) Si se trata de una sustitución, pseudo-sustitución, o de una condición a la suspensión

En estos casos, como ya hemos apuntado, será el Juez sentenciador quien deberá valorar el tipo de incumplimiento antes de retornar al cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

En el caso de que se hubieran impuesto como condición a la suspensión de una pena privativa de libertad, el artº 86 CP prevé como causa de revocación de la suspensión que el penado se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria. Pero ha de tratarse de un incumplimiento grave y reiterado, pues en caso de valorarse que no tiene esta condición, el apartado 2 del mismo precepto establece como solución la imposición de nuevas condiciones. Se trata de un precepto introducido por la L.O. 1/2015, lo que ha de agradecerse al legislador, pero sólo resultará de aplicación a estos supuestos, sin posibilidad de aplicarlo por analogía a otros, por estar esta proscrita en derecho penal.

Si se trata de una sustitución del derogado artº 88 CP pero todavía aplicable a algunos supuestos la solución pasa igualmente por la revocación de la sustitución y el cumplimiento de la pena originariamente impuesta, pero habrá de valorarse también que el incumplimiento sea grave, pues en este particular entendemos que si resulta aplicable lo dispuesto en el art. 86 CP, por ser más favorable al penado.

Y si de lo que se trata es lo que hemos llamado pseudo-sustitución o forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, lo cierto es que el art. 53 CP no contiene ninguna norma sobre cómo actuar en caso de incumplimiento, pues el art. 88 CP fue derogado y en modo alguno resultaría de aplicación para valorar la actitud obstativa del penado, en relación a delitos cometidos tras la fecha en la que dicho precepto dejó de tener vigencia. Se trata, sin duda, de una falta de previsión del legislador quien no calculó que el contenido del precepto derogado deberían haberse añadido al art- 53 CP.

Y ante la situación expuesta resulta necesario encontrar alguna respuesta.

Por una parte, podría decirse que si los trabajos en beneficio de la comunidad no se realizan por causa imputable al penado, el principio de legalidad concretado en la falta de previsión legal revocatoria como la que existía en el artº 88 CP, impide la vuelta atrás y el cumplimiento de la pena privativa de libertad como lo sería la responsabilidad

personal subsidiaria. Pero una justa interpretación del precepto indica que lo que corresponde en estos casos es interpretar que el penado ha revocado su consentimiento, siquiera sea tácitamente, a la realización de los trabajos, por lo que lo procedente es regresar a la pena privativa de libertad.

6. La interrupción de la prescripción

De la lectura del art. 33 CP se desprende que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se considerará leve cuando tenga una duración de 1 a 30 días, cuyo plazo de prescripción según dispone el art. 133 CP será de 1 año, mientras se considera menos grave la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año, teniendo la misma un plazo de prescripción de 5 años.

Por su parte, el artº 134 CP según la redacción que al mismo se le dio por la L.O. 1/2015 dispone que el tiempo de la prescripción, se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiera empezado a cumplirse. También se regula por primera vez que el plazo de prescripción quedará en suspenso durante el periodo de suspensión de la pena y durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulta de aplicación lo dispuesto en el art- 75 CP que se refiere al hecho de que todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento, cuando sea posible.

Y en lo que afecta a esta pena, parte de la doctrina considera que la elaboración del Plan es lo que va a tenerse en cuenta para interrumpir la prescripción. Por tanto, se tiene como inicio del cumplimiento, la fecha señalada en el plan de trabajos fijada tras la entrevista con el penado, con independencia de que el penado acuda o no, toda vez que, si se considera inicio efectivo de la ejecución cuando el pando acude al lugar de trabajo e inicia materialmente el cumplimiento, supondría que si el penado no acude al lugar de trabajo, nunca se entenderá iniciada la pena y por lo tanto, nunca se interrumpiría la prescripción. Pero esta postura no es pacífica, y otra parte de la jurisprudencia menor considera que la prescripción sólo se interrumpe cuando el penado inicia el primer día del trabajo. Se trata de una interpretación en beneficio del reo, motivada por la falta de previsión legal y la falta de una labor de unificación de doctrina que resulta discutible, porque sin la elaboración del plan, no hay inicio de cumplimiento posible, pero como se dice es mantenida por alguna Audiencia Provincial, lo que induce a los penados conocedores de la misma, bien directamente, bien a través del consejo de

su Abogado, a no comparecer ante el Servicio de Gestión de Penas, ya que la consecuencia automática no tiene por qué ser negativa para el mismo.

Por el contrario, y ya para finalizar, la actitud obstativa del penado puede acarrearle un efecto pernicioso para su *iter criminis*, pues en el caso de penas menos graves pero cercanas en su duración a la leve, esta actitud obstativa implica que el plazo de ejecución de la pena se alargue hasta efectos indeseados. Imaginemos una pena de 45 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Si fuera el caso de que se cumpliera en unas fechas cercanas al plazo de 5 años, a este, debería sumarse el de otros 2 años más necesario para la cancelación de los antecedentes penales, por lo que en si el penado cometiera un delito de la misma naturaleza en el periodo de tiempo comprendido entre la firmeza de la sentencia y el periodo en el que habría de tenerse a los antecedentes penales como cancelados, en el siguiente delito se le habría de aplicar la agravante de reincidencia, lo que en los delitos contra la seguridad vial podría llevarle hasta la pérdida de la vigencia del permiso de conducir, ex art. 47 CP.

7. Conclusiones y propuestas

Somos conscientes de que no son las expuestas las únicas cuestiones controvertidas relacionadas con esta pena. Atender a todas sobrepasaría las pretensiones del presente trabajo, pero sí constituyen una importante representación, pues si bien la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se implantó en nuestro ordenamiento jurídico de forma tímida, son muchas las situaciones en las que en la actualidad puede ser aplicada, sin que ello haya venido acompañado de un aumento de medios personales y materiales con los que hacer frente a todas las cuestiones derivadas tanto del hecho de su imposición como del de su cumplimiento.

Estos inconvenientes han de analizarse desde dos puntos de vista: uno, con fundamento en las propias carencias de su previsión legal y reglamentaria, los cuales sólo el legislador puede conciliar y que se ven agravados por los distintos criterios mantenidos por la jurisprudencia menor que atentan contra el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, y sin que el Tribunal Supremo haya realizado ninguna labor unificadora de doctrina, pues prácticamente le está vedado el acceso a la casación.

El segundo punto de conflicto y que se deriva del anterior, atiende a la propia naturaleza de la pena que requiere el consentimiento del penado no sólo para su imposición sino que ha de mantenerse durante toda la ejecución de la misma. Y ello,

con fundamento en las normas internacionales que prohíben los trabajos forzados, circunstancia esta a la que también atiende la Constitución. De esta forma, la actitud obstativa o poco colaboradora del penado nos sitúa en ocasiones ante el hecho de que el delito se quede sin sanción sobre todo cuando la pena ha sido impuesta con carácter principal.

Tanto en este supuesto, como en aquellos en los que el cumplimiento no se puede producir por imposibilidad sobrevenida como enfermedad del penado, no existe ningún mecanismo legal que permita novar la pena inicialmente impuesta sustituyéndola por otra. Y ello, a diferencia de lo que sucede con penas de otra naturaleza, no ha sido previsto por el legislador.

Todas estas circunstancias llevan a plantear si en determinadas ocasiones, la pena cumple funciones de prevención especial. Y sin ánimo de generalizar, a nuestro juicio la respuesta es que no es así, pues su imposición es percibida por los penados como un mal menor que les aleja de la pérdida de la libertad o de un menoscabo en su patrimonio. A ello se une el hecho de que en determinadas situaciones no resulta complejo eludir el cumplimiento sin ninguna consecuencia desfavorable.

Por ello, desde aquí se propugna la necesidad de adoptar una serie de medidas que venga a paliar todas estas circunstancias. Medidas que por una parte deberá adoptar el legislador, para clarificar las consecuencias en el caso de que no puede cumplirse la pena por causas sobrevenidas o en caso de que se revoque el consentimiento si se trata de una pena originaria, o de los problemas y retraso en el inicio del cumplimiento derivados del retraso en la localización del penado. Entendemos que resulta necesaria una reforma legislativa.

Pero entre tanto esto suceda, considero que existen algunas medidas que podrían adoptarse a fin de eludir algunos de estos obstáculos las cuales pasarían por una mayor implicación del Juez de Guardia o de Violencia sobre la Mujer en el inicio de la ejecución, en la implantación por parte de la administración penitenciaria de un servicio de guardia que atendiera al penado en el propio Juzgado de Guardia o de Violencia sobre la Mujer, en la concienciación del penado de que verdaderamente se le ha condenado a una pena que tiene cargas como cualquier otra. Y aunque no pueda obligársele a realizar los trabajos, si podrían practicarse requerimientos en forma para hacerle saber que su incomparecencia o elusión de llamamientos por parte de la autoridad penitenciaria, o la no comunicación del cambio de domicilio podrían

significar la imputación de un nuevo delito como sería el de desobediencia a la autoridad judicial.

BIBLIOGRAFÍA

FERRER GARCÍA, A. M., Penas y medidas de seguridad. Reforma del Código Penal. Cuadernos Digitales de formación, nº 46, Consejo General del Poder Judicial, 2015.

GIRALT PADILLA, C., Consecuencias del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La Ley Penal, nº 112, En-feb 2015.

GÓMEZ RECIO F., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso. Diario La Ley, nº 7899, Sección Doctrina, 11 de julio de 2012. Editorial La Ley.

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2014.

MONTERO HERNANZ, T., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad y los cambios en su marco de ejecución. Diario La Ley, nº 7574, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2011. Editorial Le Ley.

RUÍZ FONT, V., Problemática actual que plantea en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria el control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Relación con los Juzgados sentenciadores. Encuentro Jueces Sentenciadores y Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Madrid, septiembre de 2010. www.poderjudicial.es

ZERAIBI LARREA, S., La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, www.fiscal.es

*** * * * * ***

Antonio Bueso Alberdi
Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio de la FICP

~Delito de violencia de género: el elemento subjetivo~

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión objeto de reflexión y análisis es la exigencia o no de un elemento intencional en los delitos relativos a la violencia de género tipificados en el art. 153.1, 171 y 172 del C.P, esto es, si para estimar cumplidas las exigencias de los citados tipos penales basta con acreditar, la agresión o acto violento con resultado lesivo leve o sin resultado lesivo, amenaza o coacción leve, y el vínculo de afectividad, relación de pareja presente o pasada entre agresor y víctima, o por el contrario, es preciso también acreditar en el agresor una intención de imponer su situación de dominio o superioridad sobre la víctima[1]. Con carácter general, en los supuestos de agresión puntual (maltrato ocasional) del hombre a su esposa o pareja con resultado lesivo leve, los Tribunales vienen manteniendo la condena por delito de violencia de género del art. 153.1 del C.P, siempre que resulte probada la agresión o acto de violencia y el vínculo de afectividad, presente o pasado entre agresor y víctima, siendo excepcionales los pronunciamientos de Audiencias Provinciales en los que pese a resultar acreditados tales extremos, mantenían una absolución por el delito y postulaban la condena por simples faltas de lesiones argumentando que en la agresión, de carácter puntual y esporádico, no se puso de manifiesto por parte del agresor su intención de dominio machista.

Por el contrario, en los supuestos de agresiones mutuas, cuando el hombre y la mujer, unidos por relación matrimonial o de pareja, presente o pasada, se agreden mutuamente, los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales son dispares y variados, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva, sosteniendo unas Audiencias que en tales casos se cumplen las exigencias del tipo de violencia de género y doméstica de los arts. 153. 1 y 153.2 del Código Penal, mientras que al entender de otras, en tales supuestos, no se pone de manifiesto la situación de dominio, discriminación o desigualdad entre los miembros de la pareja, y por tanto, no son de aplicación aquellos tipos penales, sino las simples faltas de lesiones (hoy delitos leves

[1] DE LA FUENTE HONRUBIA, F, ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, Actas XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional de Ciencias Penales, junio 2011.

de lesiones).

II. ELEMENTO SUBJETIVO, POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Así, por una parte, siguiendo una interpretación sistemática y lógica de los términos en los cuales está redactado el art. 153 del C.P. varias Audiencias Provinciales (SAP de Madrid de 14-4-2008, 29-9-2009, SAP de Cuenca de 13-4-2009, SAP de Toledo de 10-2-2009, SAP de Cantabria de 21-4-2010, SAP de Guadalajara de 20-10-2015, ó SAP de Murcia de 2016), han venido afirmando que dos son los elementos objetivos que conforman el tipo penal: la causación de lesiones físicas o psíquicas de carácter leve, y la vinculación afectiva ente el sujeto activo y el sujeto pasivo, esto es, la relación matrimonial o de pareja, presente o pasada, entre el autor de la agresión y la víctima, sin que resulte exigible un móvil específico de subyugación o de dominación masculina[2], es decir, un dolo específico o intención manifiesta del sujeto activo de menoscabar o atentar contra la paz familiar o dignidad de su pareja en el ámbito de la relación afectiva que les une o ha unido, ni aun de imponer su dominio o superioridad respecto de su pareja.

En apoyo de esta tesis, en las escasas sentencias sobre la materia en las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, pueden destacarse la STS 58/08 de 25 de enero de 2008, o la sentencia 807/10 de 30 de septiembre, en la que el Alto Tribunal declara: "*en apoyo a la objeción relativa al art. 153 del C.P. se afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económica. Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditadas, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la*

[2] MUÑOZ COMPANY, M.J, Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación, Jurisprudencia y legislación reciente, (diariodelaley.es. La Ley 5179/2015). Recurso disponible en https://porticolegal.expansion.com.

perjudicada relacionada con él como consta".

Con posterioridad, la STS de 2 de junio de 2011 insiste en la indiferencia del móvil del autor en la aplicación del delito de violencia de género del art. 153 del C.P., afirmando que *"como recordaba la sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2010, el precepto aludido, art. 153 del C.P se dictó para la protección de la mujer, frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados. La propia sentencia de instancia se detiene en la cuestión destacando las particulares relaciones entre ambos, dada la vida que llevaban juntos durmiendo en albergues o en la casa de Campo, pidiendo y bebiendo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente la específica motivación que en el momento de los hechos propició la agresión".* Por último, la STS 856/14, de 26 de diciembre de 2014 ha declarado al respecto lo siguiente: "*Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para la aplicación del art. 153.1 del C.P se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer, pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario, sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada y que la agresión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador se propone erradicar o al menos reprobar. En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 del C.P. al concurrir las especiales condiciones o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más*

gravemente, aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer, o en el caso concreto, no pueda hablarse de desequilibrio físico o emocional".

Por el contrario, otras Audiencias Provinciales han venido a postular la tesis absolutoria en supuestos de agresiones mutuas, alegando la doctrina establecida en dos únicas sentencias del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 de noviembre de 2008 y la Sentencia de 8 de junio de 2010. En la primera Sentencia citada, el Alto Tribunal viene a declarar que *"no toda acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resulte lesión leve para la mujer debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el art. 153 del C.P, sino sólo y exclusivamente cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, excluyendo la aplicación del tipo penal en los supuestos de maltrato o agresiones mutuas, y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja".* No obstante, la Sentencia citada tuvo el voto particular del Magistrado D. Julián Sánchez Melgar, quien estimó que los hechos objeto de enjuiciamiento eran constitutivos de un delito de violencia de género: encontronazo entre el marido y la esposa en el curso del cual, la mujer agarró a su marido por los pelos, a la par que él le propinaba un cabezazo a ella en la nariz, iniciándose un forcejeo entre ambos, durante el cual el marido sujetó por la muñecas a su mujer que le arañaba en los brazos, argumentando que *"aun partiendo de los postulados de la Ley Orgánica 1/2004, de entender la violencia de género como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombre sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean, o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, no puede olvidarse que tal Ley también determina que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, y que el legislador al redactar el art. 153 del C.P, por las razones que fueran, no trasladó esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión no definida como delito en el Código Penal, para que adquiera eta consideración delictiva cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, siendo perfectamente posible en tales casos de agresiones mutuas*

la aplicación del tipo atenuado del párrafo 4 del art. 153 del C.P".

A mayor abundamiento, a los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que afirman la no exigencia de un elemento intencional en los delitos de violencia de género tipificados en los arts. 153, 171 y 172, pueden añadirse otros basados en la propia redacción literal de los preceptos penales y en los antecedentes legislativos, o evolución normativa del tratamiento jurídico penal de la violencia intrafamiliar; Por una parte, el art. 153.1 del Código Penal castiga al *"que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el art. 147.2 del C.P, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia…."*, no exigiendo en su redacción, a diferencia de otros tipos penales, ningún dolo o elemento intencional; tan solo se requiere para la existencia del delito, la agresión con resultado lesivo y la vinculación afectiva entre el autor-hombre y la víctima-mujer.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Repasando el tratamiento jurídico penal que el legislador ha venido dispensando a los comportamientos violentos de carácter leve en el ámbito familiar, desde que en el año 1989 castigara por primera vez el maltrato familiar habitual en el antiguo art. 425 del C.P[3], sucesivamente reformado para ir ampliando el círculo de sujetos pasivos del mismo, ha de destacarse que ya el Código Penal de 1995 modificó la redacción del art. 617 del C.P, en el que se castigaba la falta de lesiones y el maltrato de obra, en el sentido de agravar la pena en los casos en los que el ofendido fuera el cónyuge o persona a la que se hallaba ligada el agresor por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, o ascendientes que convivan con él. Con posterioridad, ese apartado de agravación del art. 617 del C.P fue suprimido con la nueva reforma del Código Penal llevada a efecto por la Ley Orgánica 11/03, de 29 de septiembre, que pasó a castigar como delito el menoscabo psíquico leve, las lesiones no constitutivas de delito, el maltrato de obra sin lesión, o las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos, cuando tales conductas se produjeran entre las personas del núcleo familiar del agresor, relacionadas en el art. 173 del C.P, que pasó a castigar el

[3] Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial., Guía de criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Genero, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 2008.

maltrato familiar habitual, pese a lo cual, en el art. 620 del C.P, en el que se castigaban las amenazas, coacciones, vejaciones e injurias leves se mantuvo la agravación de la pena cuando tales conductas se realizaban sobre las personas a las que se refiere el art. 173 del C.P. Y por último, la Ley Orgánica 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Genero, dio su actual redacción al art. 153.1 del C.P con la pretensión de sancionar con mayor dureza este tipo de violencia, la ejercida por el hombre sobre la mujer con la que tiene o ha tenido una relación de pareja, presente o pasada, distinguiendo así este tipo de violencia del resto de las formas de violencia intrafamiliar, no estableciendo una falta paralela al delito del art. 153 del C.P cuando no existiera la relación de dominación o prevalencia machista del hombre sobre la mujer, y no atendiendo por tanto a los motivos que originan la discusión y posterior agresión. Si se parte del contenido del art. 1.1. y 3 de la citada Ley de Protección Integral, el bien jurídico protegido en el tipo del art. 153.1 C.P, no es sólo la integridad física de la mujer, sino también la paz familiar, esto es, el respeto que cada miembro de la pareja merece en su conjunto y de forma individualizada como parte de la misma, de manera tal, que toda agresión merece un plus de punición que únicamente se colmaría con la pena que conlleva la calificación del hecho como delito y no la escasa penalidad de los hechos si merecieran la consideración de falta. En el mismo sentido, en las Exposiciones de Motivos de las Leyes Orgánicas que le han dado la actual redacción al art. 153 C.P, se expresa, que el bien jurídico protegido no es la integridad física o moral de la víctima, sino su dignidad personal, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y de un modo más genérico, la llamada paz familiar, dentro del ámbito familiar, entendiendo el legislador que merecen mayor reproche no solo moral, sino también punitivo (no causa el mismo daño la agresión, insulto, amenaza o vejación de un vecino, amigo, conocido o extraño, que la de un padre, hermano, hijo, cónyuge o pareja), porque siempre suponen una quiebra importante de los pilares afectivos y de confianza que sustentan las relaciones familiares o de pareja.

En conclusión, siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente referenciada y las reflexiones del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/04, puede afirmarse que la Ley no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo específico de subyugación o dominación machista por parte del agresor en el delito de maltrato ocasional del art. 153 del C.P, el cual está integrado en la misma naturaleza y contexto de las conductas típicas, al conllevar la agresión en él mismo el menoscabo de

la relación de confianza, igualdad y respeto mutuo que sustentan y fundamentan la relación conyugal o de pareja.

Con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la consiguiente supresión de las faltas de lesiones, amenazas, coacciones o injurias leves, la exigencia de ese elemento subjetivo o intencional en los delitos relacionados con la violencia de género tipificados en el art. 153, 171.4, 172. del C.P. puede provocar pronunciamientos absolutamente contrapuestos a las pretensiones del legislador de sancionar con mayor rigor punitivo la violencia física o verbal leve en el ámbito intrafamiliar, pues con relación a las lesiones leves entre personas unidas por vínculo afectivo de pareja, presente o pasado, o por relaciones de parentesco o de mera convivencia familiar, en caso de exigir la concurrencia de tal elemento subjetivo y no estimarlo acreditado pasarían a integrar el delito leve de lesiones o maltrato de obra del art. 147.2 y 3 del C.P que exige denuncia de la persona agraviada, y en este tipo de ilícitos penales, no puede obviarse el elevado número de retiradas de denuncia por parte de las víctimas y el uso de su derecho a la dispensa legal del art. 416 de la Lecrim.

En el mismo sentido, tampoco las amenazas o coacciones leves en el ámbito de la relación afectiva de pareja, exigen aquella finalidad o intención de subordinación, subyugación o dominio del hombre sobre la mujer que es o ha sido su esposa, o pareja, pues tras la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, las amenazas y coacciones leves entre personas unidas por alguno de los vínculos de afectividad, parentesco o convivencia relacionados en el art 173 del C.P se castigan como delito leve de amenazas o coacciones, si bien con la agravación de la pena y sin exigencia de denuncia de la persona agraviada (art. 171.7 y 172.3 del C.P), manteniendo el Código Penal el castigo autónomo de las amenazas y coacciones leves en el art. 171.4 y 172.2 del C.P. , cuando el autor es el hombre y la víctima la mujer que está o ha estado unida a él por vínculo matrimonial o afectivo análogo.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, la no exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, finalístico o intencional en los delitos relacionados con la violencia de género tipificados en los arts. 153, 171 y 172 del C.P., que por lo demás exigiría una demostración probatoria difícil de asumir, no sólo viene avalada por la propia dicción literal de los preceptos que sancionan el maltrato ocasional, las lesiones y coacciones leves, sino también por las pretensiones del legislador de 2003 que les dio su actual redacción, sancionando con

mayor rigor y dureza la violencia leve en este ámbito familiar entendiendo que toda agresión verbal o física de carácter leve del hombre sobre la mujer que es o ha sido su esposa, o es o ha estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, lleva implícita aquella quiebra de la relación de confianza, igualdad y respeto mutuo que deben presidir las relaciones de familia. Paralelamente, la mayor sanción de los comportamientos violentos leves entre personas unidas por vínculos de afectividad, parentesco o convivencia familiar o cuasi familiar a los que se refiere el art. 173 del C.P, también viene justificada por el hecho de llevar implícita esa quiebra de los pilares afectivos de confianza, seguridad y afectividad (paz familiar) que presiden las relaciones entre personas unidas por tales vínculos. Y por último, para confirmar tal conclusión sobre la no exigencia de un elemento intencional en los tipos penales referenciados, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de 2015 ha mantenido su redacción anterior, con la única modificación de reconvertir las anteriores faltas de lesiones, amenazas y coacciones leves en delitos leves de lesiones, en los que no se prevé ninguna agravación específica para el supuesto de que agresor y agredido/a se hallaran vinculados por relación de afectividad, presente o pasada, con vínculo matrimonial o sin él, de parentesco o de convivencia, y en delito leve de amenazas o de coacciones, contemplando una agravación para el supuesto (siempre que las amenazas no lo sean con armas o instrumentos peligrosos) en que entre el autor y el sujeto pasivo mediara algún tipo de relación afectiva, de parentesco o convivencia contemplada en el art. 173.2 del C.P.

BIBLIOGRAFÍA

Circular de la F.G.E. 4/05, de 18 de julio de 2005 relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Circular de la F.G.E. 6/11, de 2 de noviembre de 2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la Mujer.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, Actas XIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional de Ciencias Penales, junio, 2011.

Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, Guía de criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Genero, Consejo General del Poder Judicial, septiembre 2008.

MUÑOZ COMPANY, M.J, Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación, Jurisprudencia y legislación reciente, (diariodelaley.es. La Ley 5179/2015). Recurso disponible en https://porticolegal.expansion.com.

* * * * *

Remedios Campoy Gómez
Abogada, Alicante. Licenciada en Criminología. Socia de la FICP.

~La seguridad exterior de los establecimientos penitenciarios en la legislación penitenciaria contemporánea: antesala de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de diciembre, General Penitenciaria~

LA SEGURIDAD EXTERIOR

(Del Real Decreto de 1901 hasta la aprobación de la LOGP de 1979)

La legislación penitenciaria del siglo XX fue más extensa a la hora de abordar la seguridad exterior, dedicando varios preceptos a su regulación.

Con el Real Decreto de 5 de mayo de 1913, sobre reorganización del Cuerpo de Prisiones y régimen y funcionamientos de éstas, se reguló, de manera expresa, la seguridad exterior; así pues, nada indicaban al respecto ni el Real Decreto de 3 de junio de 1901[1] ni el Real Decreto de 20 de noviembre de 1911, sobre trabajos de los penados en obras públicas, que tan sólo se limitó a indicar, respecto de las instalaciones o destacamentos provisionales, donde habían de alojarse los penados, que no debía exagerarse su seguridad, dado su ya avanzado período de condena (art. 8).

En efecto, el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 [2] dedicó un capítulo al "servicio de seguridad interior de las prisiones" (tít. II, cap. VII), encomendando esta seguridad principalmente a los Vigilantes, donde hacía referencia a la vigilancia del "rastrillo o puerta de entrada a la prisión" -expresión que nos lleva a pensar que esta puerta constituía la puerta principal- debiendo asumir este servicio, entre otras, las obligaciones de impedir la entrada y salida de personas ajenas a las prisión y toda comunicación de los reclusos con personas del exterior por muros, ventanas, etc.; entregar las llaves del rastrillo al Jefe de servicio que estuviere de guardia, así como la de "mantener constantemente despejado el lugar de su guardia sin consentir que se detenga en él ni en sus inmediaciones persona alguna" (art. 147). Durante la noche, la vigilancia estaba distribuida entre todos los vigilantes de servicio, "con excepción del de puerta exterior", que permanecía en su puesto hasta el correspondiente relevo, permitiendo a estos vigilantes del servicio interior turnarse entre ellos para poder

[1] Planteaba el sistema progresivo irlandés o de Crofton.

[2] Este Real Decreto llevó a cabo la reorganización del Cuerpo de Prisiones y régimen y funcionamiento de éstas; compilando las numerosas disposiciones vigentes sobre legislación penitenciaria é introduciendo, a la vez en ellas importantes modificaciones y variantes (…).

descansar (art. 168). Este precepto se limitaba a recoger, como excepción, la vigilancia nocturna de la puerta exterior a la hora de establecer la distribución de los turnos y relevos, sin que indicara nada más. Dejaba patente que quien tuviera encomendada la vigilancia de la puerta exterior debía mantenerse inamovible durante toda la noche, sin posibilidad de descanso.

Sería sin embargo, en el capítulo II del tít. III, sobre "régimen interior de las prisiones", donde, pese a su rúbrica, se establecía que "para la seguridad de las prisiones, que por su importancia la necesitaren, habría una guardia militar exterior, en tanto no fuera creada la penitenciaria, con fuerza proporcionada al número de reclusos, exclusivamente destinada a su custodia y a auxiliar al director cuando éste lo reclamara" (art. 206). Precepto muy similar al artículo 49 del Reglamento para las cárceles de las capitales de provincia de 1847 [3], redactado hacía ya más de medio siglo, lo que parece ser una muestra de que los esfuerzos del legislador se centraban más en la seguridad interior que en la exterior.

El Reglamento para la aplicación del Código Penal de 1928 en los Servicios de Prisiones no hizo mención alguna a la seguridad exterior. Sin embargo, el Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones de 1930, aprobado por Real Decreto de 14 de noviembre del mismo año, pese a referirse a la vigilancia general de todos los locales interiores del establecimiento desde la puerta principal, añadía la expresión "y aun por el exterior", la cual estaría "singular y directamente confiada a los Oficiales y Guardianes" en función de las condiciones arquitectónicas y las circunstancias o la necesaria seguridad de cada prisión (art. 30). El servicio de puerta principal tendría encomendada su vigilancia y también la de vigilar que en las proximidades de la prisión no se formaran grupos de personas que impidieran el normal acceso al interior (art. 31). Por tanto, la extensión de este servicio de vigilancia a las proximidades de la prisión iba dirigida a la seguridad exterior. El servicio de rastrillo, cuando coincidiera con el de puerta principal, debía asumir las funciones señaladas anteriormente para el servicio de puerta principal, al constituir ambos un solo servicio. Como encargado del rastrillo, le correspondía, entre otros, velar sobre el orden y disciplina además de mantener despejado el lugar de su guardia, y no abrir la puerta durante la noche, salvo que mediara orden del Jefe de servicios (art. 32).

[3] En efecto, el artículo 49, ubicado en el capítulo XII, sobre la "policía de seguridad" rezaba que "para la seguridad de la cárcel habrá una guardia con la fuerza proporcionada al número de presos, exclusivamente destinada a su custodia y a auxiliar al Director cuando este lo reclame".

Se indicaba, asimismo, que en la prisiones provinciales de construcción estrictamente celular, "los servicios auxiliares para la limpieza y demás atenciones de los departamentos que estuvieran fuera del rastrillo" solo podrían ser desempeñados por penados que reunieran determinadas condiciones y siempre bajo vigilancia y, si además, alguno de estos servicios auxiliares requería la salida a los "jardines o patios exteriores", sería con la previa autorización del Centro directivo, que además debía expresar los penados que se ocuparían de tales servicios (art. 88).

Los encargados de la apertura y cierre de las puertas de los rastrillos eran los Oficiales, pero solo hasta que en el establecimiento hubiera el número de Guardianes necesarios al efecto (art. 378), toda vez que era de su competencia la custodia y vigilancia permanente de los reclusos para evitar su evasión, así como la de abrir y cerrar las puertas de la prisión (art. 387). Estos dos preceptos recogían las obligaciones y deberes de los Oficiales y Guardianes, compartiendo e incluso solapándose sus funciones en lo que a medidas concretas de seguridad interior se refería. Sin embargo, mientras se asignaba a los Oficiales, en primer lugar y directamente, todo lo relativo a la vigilancia y seguridad de los recluidos y, por tanto, referida a la seguridad interior, quedaba en manos de los Guardianes las funciones encaminadas a la seguridad exterior. En suma, en estos dos preceptos (378 y 387) se repiten muchas de las obligaciones de Oficiales y Guardianes, pero parece que todo lo relativo a la seguridad exterior quedaba en manos de estos últimos.

Por último, la disposición transitoria tercera de este Reglamento preveía que, siempre que lo permitiera el suficiente número de subalternos, "se cubrirían con Guardianes los servicios de puertas, rastrillos, patios", entre otros, dejando en manos de los Oficiales los servicios dirigidos a la seguridad interior (oficinas, talleres, etc.). Por ende, de esta disposición también se extrae que el papel principal de los Guardianes era el de velar sobre la seguridad exterior.

Casi dos décadas más tarde, el **Nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948,** aprobado por Decreto de 5 de marzo del mismo año, delimitó de una manera bastante más clara quien se ocupaba, respectivamente, de la seguridad interior y de la exterior. Si bien, siguiendo la línea de los textos anteriores, recogió cuantiosas previsiones acerca de la seguridad interior y escasísimas sobre la seguridad exterior. A diferencia del Reglamento anterior, este texto encomendaba a los Oficiales y Guardianes la vigilancia y seguridad interior de los establecimientos, mientras que la

vigilancia exterior "correspondería a las Fuerzas armadas del Ejército, Guardia Civil o Policía Armada, las cuales (…) en cuanto a la vigilancia y seguridad de las Prisiones y a prestar auxilio a los Directores y Jefes de las mismas, cuando se les reclamara, dependerían de dichos Directores y Jefes, cuyas instrucciones habían de seguirse por el Comandante de aquéllas, que para ello se presentaría al Director del Establecimiento y recibiría de éste las órdenes convenientes, siempre que éste le requiriera para la mayor eficacia del servicio encomendado" (art. 45). Se perfecciona así la redacción en relación con la seguridad exterior, pese a que este Reglamento siguió muy de cerca toda la estructura del Reglamento de 1930, rubricando de manera casi idéntica, con algunos matices, sus títulos y capítulos. Estructura que se mantuvo incluso en el Reglamento de 1956, como más adelante veremos.

En definitiva, en este Reglamento, la vigilancia, custodia y seguridad interior quedaba en manos tanto de los Oficiales como de los Guardianes, siendo los primeros los superiores jerárquicamente de los segundos. Esto es, todas las funciones relacionadas con la vigilancia, custodia y seguridad interior eran encomendadas, directa y principalmente, a los Guardianes, "no pudiendo asignárseles otras distintas" pero, de manera similar a como lo hacía el Reglamento de 1930, mientras no hubiera en el Establecimiento suficiente personal subalterno para atender estos servicios de vigilancia, custodia y seguridad, vendrían los Oficiales obligados a realizar también las funciones propias de los Guardianes (arts. 466 y 467).

La principal diferencia en la regulación de las funciones de ambos cargos, y en lo que aquí importa, radicaba en que, mientras en el Reglamento de 1930 los Guardianes tenían encomendadas funciones relacionadas con la seguridad exterior, este Reglamento de 1948 les sustrae estas funciones de manera automática, atribuyendo ahora la seguridad exterior a las Fuerzas armadas, a la Guardia Civil o a la Policía Armada.

El servicio de puerta principal no sólo tenía encomendada su vigilancia, debiendo quedar cerrada a la hora establecida y "haciendo entrega formal de la llave al Jefe de la guardia exterior, a cuyo cargo quedaría este servicio durante la noche", sino también la vigilancia de las proximidades del establecimiento, evitando la formación de grupos de personas ajenas al mismo y que impidieran el normal acceso a su interior (art. 46). Disposición más completa pero muy similar a la contenida en el artículo 31 del Reglamento de 1930.

La regulación del servicio de rastrillo llevada a cabo por el Reglamento de 1930 se mantuvo casi intacta en este Reglamento, presentando el artículo 47 de este último y el artículo 32 de aquél idéntica redacción.

En esta norma se observa también la prudencia a la hora de elegir a los penados auxiliares "aptos para realizar trabajos en la parte exterior del edificio y dependiente de la Prisión", debiendo evitarse en todo momento destinar a estos menesteres a los penados peligrosos o que no ofrecieren las debidas garantías de seguridad propias de este servicio auxiliar (art. 56).

Como mandaba la sensatez, las previsiones de seguridad se veían reforzadas en el edificio donde quedara ubicada la Central de Inadaptados, debiendo delimitarse en dicho edificio, además de las dependencias generales, tres pabellones independientes entre sí, "con un buen muro de cerramiento y seguridad, el cual abarque todo el recinto de la Institución" (art. 120).

De modo similar a como lo hacía el Reglamento de 1930, este Reglamento de 1948 también tuvo en cuenta la prudencia que había de observarse en las prisiones provinciales de construcción estrictamente celular, a la hora de emplear a los penados que iban a ocuparse de la limpieza y resto de servicios auxiliares que implicaran la salida fuera del rastrillo, debiendo tratarse igualmente de penados que ofrecieren garantías de seguridad y siempre bajo vigilancia. En caso de que dichos servicios auxiliares implicaran tener que salir a los jardines -el Reglamento de 1930 añadía aquí los "patios exteriores"-, dependencias o locales, era igualmente necesaria la previa autorización del Centro directivo indicado los penados que se ocuparían de tales servicios (art. 145). Por tanto, se trataba de un precepto muy similar al artículo 88 del Reglamento anterior, eliminando el Reglamento de 1948 la referencia a la salida a los "patios exteriores" y sustituyéndola por los términos "dependencias o locales".

Finalmente, este Reglamento recogía, como novedad, la prohibición de hacer reformas en los pabellones de los funcionarios sin autorización del Centro directivo, lo que era totalmente lógico, ya que sólo se abonarían por la Dirección General los gastos invertidos en aquellas reformas que se hubiera llevado a cabo por razones de necesidad, "desde el punto de vista de la vigilancia y seguridad", o cualquier otra medida urgente. (art. 672).

Analizaremos en último lugar las previsiones acerca de la seguridad exterior contenidas en el **Nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956**[4], y sus dos importantes reformas llevadas a cabo por los Decretos 162/1968, de 25 de enero, y 2273/1977, de 29 de julio. Si bien, estos Decretos introdujeron importantes reformas respecto de la seguridad interior, en poco o nada incidieron en la regulación contenida en el Reglamento sobre seguridad exterior.

Con carácter previo, debe destacarse que este Reglamento llevó a cabo una regulación mucho más ordenada que sus antecesores, recogiendo los diferentes aspectos de manera individualizada mediante secciones en el desarrollo de sus diversos títulos y capítulos; éstos últimos, muy similares en cuanto a su estructura al Reglamento de 1948, que, a su vez, había seguido la estructura del Reglamento de 1930, con algunos matices, como ya se puso de manifiesto.

Este Reglamento, siguiendo también la línea de los Reglamentos anteriores, contenía un sin fin de disposiciones respecto a la seguridad interior, manteniendo en muchos de sus preceptos la redacción dada por los Reglamentos anteriores, y escasas referencias a la seguridad exterior. Además, se vuelve a sustraer la seguridad exterior a las Fuerzas armadas para atribuirla ahora, exclusivamente, a la Fuerza Pública. En efecto, este texto dedicaba una sección a los "servicios de seguridad y vigilancia" (secc. 2ª, cap. VIII, tít. I) que, por otro lado, resultaba novedosa por cuanto que no se había recogido de manera individualizada la seguridad en los establecimientos penitenciarios desde que el Real Decreto de 1913 le dedicara un capítulo al "servicio de seguridad interior de las prisiones". Esta sección 2ª se mantuvo intacta en su redacción original y no fue objeto de reforma o modificación por ninguno de los Decretos posteriores.

El Reglamento establecía que "la vigilancia exterior de los Establecimientos corresponde a la fuerza pública, la que (…), en lo tocante a la vigilancia y seguridad de las prisiones depende de los directores de las mismas". A tal efecto, el Comandante de la guardia debía, una vez practicado el correspondiente relevo, presentarse ante el Director a fin de que éste le diera las oportunas instrucciones (art. 78). Por tanto, mientras el Reglamento de 1948 dejaba la vigilancia exterior en manos de las Fuerzas Armadas del Ejército, la Guardia Civil y la Policía Armada, este Reglamento del 56 la atribuía a la Fuerza Pública.

[4] Adaptado a la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Decreto de 2 de febrero.

Desaparecen, además, con este Reglamento los Guardianes, pasando ahora a desempeñar sus funciones los Auxiliares. En consecuencia, los responsables de la vigilancia, custodia y seguridad eran los Auxiliares penitenciarios (art. 380).

El servicio de puerta principal, encomendado ahora a los Auxiliares, tenía la misión de atender a su vigilancia y también la de sus proximidades evitando que se formaran grupos de personas ajenas al establecimiento o que entorpecieran el normal acceso al interior, debiendo cerrar la puerta a la hora prevista y entregar las llaves al Jefe de la guardia exterior para el servicio de la noche. Previsión muy similar, con algunas diferencias terminológicas, a la prevista en los artículos 31 y 46 de los Reglamentos de 1930 y 1948, respectivamente.

El funcionario de rastrillo, si coincidía con el de puerta principal, debía asumir las obligaciones señaladas anteriormente al servicio de puerta principal al constituir ambos servicios uno solo. Si bien, como encargado del rastrillo, le correspondía, entre otros deberes, mantener despejado el lugar de su guardia, prohibiendo a todo recluso aproximarse al rastrillo, conservar las llaves y no abrir durante el turno de noche la puerta sin orden del Jefe de servicios y, en general, imponer orden y disciplina en los locales afectos al mismo (art. 81). Precepto muy similar, con matices, a los artículos 32 y 47 del Reglamento de 1930 y Reglamento de 1948, respectivamente, que, a su vez, seguían muy cerca la redacción dada en estos servicios por el Reglamento de 1913 (art. 147).

Por tanto, avanzada ya la segunda mitad del siglo XX, la regulación de estos servicios o de algunos aspectos relacionados con la seguridad exterior se mantenía prácticamente inalterada.

La reforma del Reglamento mediante el Decreto de 1977 se limitó a introducir algunos aspectos novedosos en relación con el tratamiento de detenidos y presos, como fue la limitación temporal de las medidas extraordinarias de seguridad en caso de violencia, rebeldía o evasión (art. 12); respecto de los destacamentos penitenciarios, eliminó todo el contenido del art. 100 del Reglamento, – referido a las normas especiales que habían de seguirse en estos destacamentos, en los cuales se observaría además del régimen penitenciario general, la de efectuar "minuciosamente los registros de locales y cacheos de los penados, la censura de la correspondencia y la vigilancia para que no llegaran periódicos o escritos cuya recepción estuviera prohibida"-, y le dio

una nueva y breve redacción, sobre reglas mínimas de disciplina y orden penitenciarios, dirigida a la seguridad exterior y vigilancia de los Establecimientos de régimen abierto.

Finalmente, desaparece también en este Reglamento la previsión contenida en el artículo 672 del Reglamento de 1948 acerca de las reformas autorizadas en estos pabellones desde el punto de vista, entre otros extremos, de la vigilancia y seguridad.

TEXTOS CONSULTADOS

R.D. de 3 de junio de 1901. Plantea el sistema progresivo irlandés o de Crofton

R.D. de 20 de noviembre de 1911, sobre trabajos de los penados en obras públicas.

R.D. de 5 de mayo de 1913, sobre reorganización del Cuerpo de Prisiones y régimen y funcionamiento de éstas.

Reglamento para la aplicación del Código Penal de 1928 en los servicios de prisiones. R.D.L., de 24 diciembre de 1928.

Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones de 1930. R.D. de 14 noviembre de 1930 (Ministerio de Gracia y Justicia).

Nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948. Decreto de 5 de marzo. (De la posguerra).

Nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956. Adaptado a la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Decreto de 2 de febrero, y sus dos reformas llevadas a cabo por los Decretos 162/1968, de 25 de enero, y 2273/1977, de 29 de julio.

* * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~La delincuencia adolescente. El castigo penal de los menores~

I. EL GERMEN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL. MEDIDAS DE CONTROL

La pubertad viene acompañada de un debilitamiento del vínculo con los padres, de un aumento de los conflictos familiares, y de una mayor implicación de los adolescentes en la toma de decisiones.

Esta transición es cognitiva, pero también social, lo que permite al adolescente ampliar sus relaciones sociales: conoce otros padres y estilos parentales de comportamiento, tiene otras referencias que le hacen ser más crítico y menos idealista respecto a su familia. De esta forma los adolescentes adquieren una visión más madura y realista de sus padres, no necesariamente conflictiva, pero que puede serlo en función de cómo se armonice su deseo de autonomía con la realidad de su dependencia de los padres. La familia ha sido y continúa siendo uno de los contextos educativos, socializadores y de transmisión de valores más importantes que tiene no sólo el niño, sino también el adolescente.

La mayoría de los estudios realizados coinciden vienen a señalar que un mal control de los padres sobre qué están haciendo sus hijos, dónde y con quién, se relaciona con diversos comportamientos de riesgo de los adolescentes, como la delincuencia, las drogas o el mal rendimiento académico. Aunque algunos autores como Coleman y Hendry-2003, señalan que más que el control, la clave es la comunicación con los padres.

Ante las situaciones de delincuencia juvenil, las variables familiares que se consideran factores de riesgo son: los conflictos familiares, padres delincuentes, crueles, negligentes, castigadores, con débil supervisión del hijo y disciplina errática, que no perciben la conducta desviada del hijo o son ineficaces para cortarla; padres en suma que son propensos a dar refuerzos positivos a la conducta desviada del hijo, y también algunos autores consideran factores de riesgo, aunque con una menor consistencia, el tamaño grande de las familias y la pobreza.

En el consumo adolescente de drogas se ha comprobado que uno de los

predictores más poderosos de consumo es el mantener vínculos más estrechos con los amigos que con la familia, amigos que consumen drogas, que hablan mucho sobre ellas y que muestran actitudes favorables o permisivas hacia las mismas.[1]

La asociación entre violencia y juventud se justifica en muchas ocasiones por lo que diariamente nos muestran los medios de comunicación y vemos o conocemos por nuestro entorno inmediato, y es cierto que desgraciadamente la violencia se encuentra en casi todos los ámbitos de la vida de los jóvenes, así tenemos numerosas noticias de violencia en la escuela, en lugares de ocio frecuentado por jóvenes, incluso en la propia familia, el trabajo y en las relaciones interpersonales mediante acosos sexuales, bullying. Esta violencia llega incluso a límites extremos cuando los jóvenes-menores de edad son autores de brutales asesinatos, todos tenemos en nuestra memoria los cometidos en nuestro país en épocas recientes tales como, el asesinato de Clara, una estudiante, a manos de dos compañeras del instituto, en San Fernando, Cádiz (2000), el crimen de la katana, ocurrido en Murcia en 2000, cuando un individuo de 16 años asesinó a sus padres y a su hermana pequeña, o la cruel agresión sexual y posterior asesinato de Sandra Palo en Madrid por un grupo de jóvenes y menores de edad penal en 2004, por citar algunos.

El problema de la violencia juvenil ha sido abordado, sistemáticamente por la sociología, la criminología, la psicología y otras disciplinas jurídicas, ya que siempre ha llamado la atención de los estudiosos e interesados por los problemas sociales.[2]

Ante esta situación se hace necesario arbitrar no solo medidas preventivas tendentes a evitar que el menor llegue a introducirse en el mundo delincuencial, sino que también resultan imprescindibles poner en marcha medidas destinadas a tratar de recuperar a los menores que ya han cometido delitos. Hay que partir de postulados realistas y reconocer que el delito, como comportamiento desadaptado, nunca podrá ser completamente erradicado ni entre los adultos ni tampoco entre los menores, por lo que el Derecho Penal Juvenil como catálogo de reacciones frente al delito de los menores siempre será necesario, del mismo modo que lo es el Derecho Penal frente a los delitos cometidos por los adultos.

---

[1] MONTAÑÉS, M/ BARTOLOMÉ, R/ MONTAÑÉS, J/ PARRA, M, Influencia del contexto familiar en las conductas adolescentes. Ensayos, Dialnet, 2008, pp. 5-12.

[2] ANDRÉS PUEYO, A, Violencia juvenil: realidad actual y factores psicológicos implicados, Revista ROL de enfermería, ISSN 0210-5020, Vol. 29, Nº. 1, 2006, pp. 38-40.

Tanto la opinión pública como la doctrina científica han ido oscilando desde una posición en la que se considera al menor delincuente como una víctima de las condiciones sociales al que debe protegerse para así lograr su reinserción, hasta una posición en la que se exigen duras medidas penales y tolerancia cero contra infractores juveniles que han cometido delitos de especial gravedad, posicionando al menor en estos supuestos como un menor peligroso para la sociedad.

Concepciones éstas en principio aparentemente antagónicas, pero que han tenido acogida simultáneamente en nuestra propia Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, así en la propia Exposición de Motivos encontramos que sus postulados generales del menor en peligro, en ocasiones se ven contradicho por la regulación concreta de algunos supuestos que tienden a adoptar criterios de defensa social para los casos más graves. Y es que en efecto, bajo la expresión delincuencia juvenil se esconden supuestos muy distintos que exigen respuestas graduadas de muy distinta intensidad. En nuestra legislación puede exigirse responsabilidad penal, si bien es una responsabilidad especial, menos intensa y distinta de la de los adultos, a los menores de entre 14 y 18 años, edad esta última a partir de la cual, ya se les considera adultos a todos los efectos y por tanto susceptibles de ser sometidos a un proceso penal ordinario en el que se les exigirá responsabilidad de forma plena.[3]

II. LA JUSTICIA PENAL DE LOS MENORES

Existe un acuerdo mayoritario de que los planteamientos que dominan el derecho penal de adultos no pueden o no deben imponerse incondicionalmente en la justicia de menores, pues la edad de los sujetos y su condición de niños determinan la necesidad de una especialización de la jurisdicción de menores.

No obstante debe ponerse de manifiesto que se han dado históricamente diferentes formas de comprender la infancia y de atender a los condicionamientos de la edad. Así, el modelo tutelar de la Europa de principios del siglo XX, consideraba que los menores eran inimputables que por tal motivo debían ser tratados como objetos de protección, trabajando sobre su peligrosidad y no sobre el delito cometido, lo que se constituía como una señal de las carencias del menor.

[3] DE LA ROSA CORTINA, J.M, El fenómeno de la delincuencia juvenil: causas y tratamientos, Revista Encuentros multidisciplinares, nº13, 2013, p.5.

La LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* impone en España un modelo mixto de justicia de menores: el modelo de responsabilización del menor recogido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, que exige, tanto tener en cuenta el delito cometido, como atender a una pluralidad de factores psicosociales que inciden en el delito y que modularán la responsabilidad del menor. Tras esta dualidad que exige la atención al interés superior del menor que ha cometido un delito, se encuentra la consideración de que ese menor se encuentra en un proceso incompleto de integración social, y la conciencia de que la sociedad tiene algo que ver y que decir en ese acto de delincuencia juvenil.

Por ello la medida judicial toma como eje central la figura del menor que ha cometido el delito, con la pretensión de lograr su integración en sociedad, dejando al margen otras posibles aspiraciones del derecho y la justicia, como la de apaciguar la alarma social producida por la comisión de un delito, la de legitimar el propio sistema legislativo o judicial, o la de disuadir a un público potencial de cometer una infracción.

Ahora bien, las sucesivas reformas que ha experimentado la LO 5/2000 permiten observar la consideración de otros intereses junto al del menor que ha cometido un delito, pues debe alcanzar un interés el daño cometido y la víctima del mismo. De esta forma el interés del menor debe medirse con el interés de la sociedad que reclama tanto el castigo del menor por el delito cometido, como la justificación de una jurisdicción especializada en menores o la pacificación de la alarma social; tendrá que compartir protagonismo con el interés de la víctima o perjudicado que demandará la restauración del bien dañado por el delito o el siempre difícil restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la infracción.[4]

Como hemos visto, los menores de 14 años quedan fuera de la aplicación de la Ley Penal del Menor cuyo ámbito afecta a menores de entre 14 y 18 años, y ello en el entendimiento de que los menores de 14 años no deben ser sometidos a ningún tipo de responsabilidad.

Pero la realidad nos enseña que existen supuestos en los que menores de 12 y 13 años han iniciado la senda de la delincuencia grave, y desde el punto de vista de la

[4] BERNUZ BENEITEZ, Mª J. Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194- octubre 2005. pp. 4-6.

opinión pública, la impunidad total de tales infractores menores de 14 años no es asumible.

Así pues, el legislador opta por la exención de responsabilidad en el entendido de que el menor de menos de 14 años que delinque es un menor "en peligro".

A favor de esta postura se argumenta que estos menores de 14 años no deben pasar por los Juzgados de Menores pues el propio proceso puede ser un factor profundamente anti educativo, porque las garantías procesales pueden por ejemplo, hacer que el abogado aconseje al menor que mienta, así como que cuando la Justicia interviene, los Servicios Sociales se retraen.

De cualquier forma, el Derecho penal tiene como una de sus finalidades fundamentales el lograr la reinserción del delincuente, finalidad que debe incrementarse en el Derecho penal juvenil, pues sus destinatarios son seres en formación, que aún no han culminado ni su proceso madurativo ni su formación, y por tanto tienen muchas más posibilidades de ser recuperados para la sociedad que los adultos.[5]

III. LAS MEDIDAS

En el Derecho penal de menores no se habla de penas, sino de medidas tales como la libertad vigilada, el internamiento, trabajos en beneficio de la comunidad, tareas socio-educativas, amonestación y alejamiento las cuales tienen una clara modalidad preventiva.

Las medidas de libertad vigilada van aparejadas a un tratamiento o una tarea socio-educativa, ya que el objetivo que se persigue es prevenir que el comportamiento del menor vuelva a ser delictivo. Es una medida que se aplica para un tipo de delincuencia que no es especialmente peligrosa, y tiene un bajo coste de aplicación, además al menor se le permite estar con su entorno familiar y educativo, evitando una estigmatización mayor del menor atendiendo a la flexibilización de las medidas.

Por su parte las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas.

El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea al menor de las condiciones educativas adecuadas para que pueda reorientar las

[5] DE LA ROSA CORTINA, J.M, Revista Encuentros multidisciplinares, nº13, 2013, p.8.

deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, y asegurar de manera temporal la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad.

La Ley Orgánica 5/2000 distingue entre el Internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto y de fin de semana.

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Con él se pretende que el menor adquiera los recursos necesarios que le permitan un comportamiento responsable en la comunidad. El control sobre los menores se gestiona en un ambiente restrictivo que va progresivamente convirtiéndose en autónomo.

La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

Por su parte en el internamiento en régimen semiabierto, el menor residirá en el centro y estará sujeto al programa y régimen interno del mismo, no obstante llevarán a cabo fuera del centro actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

En el internamiento en régimen abierto los menores llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

El internamiento terapéutico se prevé para casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, o bien por disfunciones psíquicas, precisan de una programación terapéutica, no dándose las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para que tuviera éxito un tratamiento ambulatorio, ni tampoco las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación de dicho tratamiento en régimen cerrado.

La medida de permanencia de fin de semana es asimilable a un internamiento. Los menores sometidos a esta medida permanecerán en un centro o en su domicilio hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

En la práctica esta medida combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad. Es adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana[6].

IV. CONCLUSIONES

Cualquier sujeto menor de edad puede acabar cometiendo hechos delictivos porque la delincuencia juvenil tiene un período de incubación, va creciendo poco a poco estimulándose por determinados factores de riesgo que se pueden dar en el entorno familiar o social del menor, y que finalmente abocan al mismo a una espiral delincuencial.

La delincuencia adolescente va adquiriendo notoriedad en los medios de comunicación y en la sociedad en suma, por la proliferación de hechos delictivos cometidos por menores de edad, y es precisamente cuando la sociedad se siente incómoda ante la existencia creciente de delincuencia juvenil, cuando el Poder Legislativo y las administraciones competentes empiezan a tomar partido en serio, llevándose a cabo medidas correctoras y reeducadoras. Así, ante un menor que comienza a delinquir se pone en marcha un entramado que permite la imposición de medidas judiciales que como hemos dicho van desde la simple amonestación, pasando por el arresto domiciliario, el acogimiento familiar, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la realización de tareas de carácter socioeducativo, el tratamiento ambulatorio, el internamiento terapéutico en régimen cerrado, abierto o semiabierto, la asistencia a un centro de día, y la libertad vigilada, hasta las medidas más graves como el internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado. Medidas todas ellas pensadas para reeducar a los menores infractores y su integración en la sociedad como ciudadano de pleno derecho.

[6] ARCE, R/FRAGA, A./NOVO, M. Intervención con menores inadaptados. Psicología Jurídica al servicio del menor. Dir. FARIÑA,F., Ed. CEDECS-2000,p.36.

Prof. Marta Escudero Muñoz
Profesora Asociada, Univ. Carlos III de Madrid. Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~La prisión permanente revisable en los delitos de terrorismo. Análisis jurídico actual~

Resumen.- En el presente estudio se lleva cabo un análisis de la pena de prisión permanente revisable en relación con los delitos de terrorismo, una vez transcurrido un año desde su entrada en vigor. Haremos un repaso de su origen, instauración en otros países de nuestro entorno y su aplicación práctica, analizando las opiniones de los partidarios y detractores de esta pena y su repercusión práctica y económica a día de hoy.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La introducción de la prisión permanente revisable en la LO 1/15 de 30 de marzo no ha estado exenta de polémica[1]. Algunos autores como RÍOS MARTÍN, de forma drástica, opina que "la pena de prisión perpetua revisable y las condenas eternas son inconstitucionales. No cuenta con un nivel mínimo exigido de compatibilidad con el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad –art. 10 CE–; con la prohibición de penas inhumanas y tratos crueles o degradantes –art. 15 CE–, y no respeta el mandato constitucional de que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social y que debido a su indeterminación, quebranta el principio de seguridad jurídica. A mayor abundamiento esta pena, con consecuencias tan graves para las personas y una afectación tan intensa del derecho a la libertad –art. 17 CE–, no tiene suficiente legitimidad ya que no existe una explicación técnico-científica que permita justificar su inclusión en el ordenamiento punitivo; y respecto de las condenas eternas,

[1] En el caso del asesinato de la niña *Mari Luz*, Los padres de *Mari Luz* recogieron firmas para la introducción de la privación de libertad perpetua y se las hicieron llegar al entonces presidente José Luis Rodríguez Zapatero. Por su parte, los padres de *Marta del Castillo* reunieron 1.600.000 firmas y se reunieron con Mariano Rajoy que se mostró a favor de su introducción. Esta nueva sanción se pretendió instaurar por los representantes del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 5/2010, pero finalmente no se introdujo. También está establecida esta pena revisable en varios países de la Unión Europea que incluyen en sus legislaciones desde hace años figuras similares a la pena de prisión permanente, tales como Francia (instalada desde 1994 a raíz de la violación y asesinato de una niña de 8 años por un reincidente y donde el preso puede quedar en libertad a los 30 años tras someterse a un estudio psiquiátrico), Alemania (donde se aplica en todos los delitos contra la vida y la revisión se produce a los 15 años), Italia (donde la revisión se produce después de 26 años), Reino Unido (donde está a instalada desde 1965, se aplica a todo asesinato cometido por mayores de 21 años y la revisión se hará después de un tiempo mínimo que deciden los jueces), Irlanda del Norte, Austria, Suiza o Dinamarca. En todos ellos los crímenes más graves se saldan con esta modalidad de prisión. En alguno de estos países como Francia, Italia y Reino unido fueron los gobiernos de izquierda los que la instauraron y dicha pena jamás ha sido sometida a cambios propiciados por los gobiernos de turno (En http://agendadelcrimen.blogspot.com.es/2015/08/la-prision-permanente-revisable.html).

esos argumentos exigen su limitación temporal[2]". DÍEZ RIPOLLÉS, cree que la prisión permanente revisable "es una pena innecesaria en nuestro ordenamiento. Para empezar, dice, "no entiendo la necesidad de esta decisión cuando tenemos una de las tasas de criminalidad más bajas del mundo, lo que vale también para delitos violentos graves[3]". Las asociaciones de Jueces y de Fiscales, también han considerado "innecesaria" esta pena, destacando que "aleja a la reinserción del sujeto[4]". Desde otros sectores jurídicos, como los abogados y abogadas de los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria (SOAJP), piden que se suprima la pena de prisión permanente revisable de la legislación al considerar que es contraria al espíritu resocializador que proclama la Constitución de 1978 y atenta contra la dignidad de la persona y, por tanto, contraria a los artículos 25 y 10 de la Constitución[5].

---

[2] RIOS MARTÍN, J.C., La prisión permanente en España. Razones de su legitimidad ética y su inconstitucionalidad, 2013, pp. 24 y 25.

[3] *Vid*-http://politica.elpais.com/politica/2015/02/01/actualidad/1422814443_171994.html, José Luis Díez Ripollés, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga, da su opinión en el periódico El Pais, mantiene que no necesitamos una cadena perpetua que de hecho ya tenemos", denuncia Díez Ripollés. "Además, si alguien piensa que con el agravamiento de penas se disuade de cometer un delito grave se equivoca. Todo lo contrario. Crean un mayor enconamiento en las personas que sienten que el Estado no les ofrece ningún horizonte, y cuando la gente no tiene horizonte no suele reaccionar bien.

[4] http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/20/espana/1379702790.html: "Desde el punto de vista de Jueces para la Democracia, la reforma parte de una filosofía "autoritaria" sobre la función del Estado y del Derecho en la sociedad y pretende dar la apariencia de que se está haciendo algo. Bosch ha señalado que la reforma apuesta por un endurecimiento injustificado de muchas penas, incluida la prisión permanente revisable, cuando "España se encuentra en los niveles más bajos de delincuencia en el ámbito europeo, cuenta con el mayor número de presos por habitante y se encuentra en los niveles más elevados de cumplimiento de las condenas". Para el portavoz de JpD, la reforma "criminaliza determinadas formas de disidencia pacífica", ha apuntado antes de lamentar esta limitación de las libertades ciudadanas en un momento de conflictividad social en el que el Gobierno, a su juicio, debería convencer a la ciudadanía con argumentos de que sus medidas son acertadas, en lugar de utilizar el Código Penal para "reprimir determinadas formas de protesta". Sobre las medidas contra la corrupción previstas en la reforma, ha señalado que son "una cortina de humo" y ha criticado la ausencia de un estudio riguroso sobre el origen de la corrupción en España. Tras indicar que "la corrupción privada acaba creando corrupción pública", ha apostado por actuar antes de que se produzca el problema. Ha reclamado también una modificación de la discrecionalidad de la contratación pública y del amplio margen de maniobra de los partidos políticos, al tiempo que ha exigido actuaciones para impedir las donaciones millonarias de las grandes empresas y medios para que los juzgados puedan resolver los procedimientos por corrupción en unos plazos razonables: "Esto serían soluciones reales al problema de la corrupción, mientras que retocar una serie de artículos del Código Penal no va a producir ningún cambio profundo de un grave problema que preocupa especialmente a la sociedad". El portavoz de la Unión Progresista de Fiscales (UPF), Álvaro García, ha asegurado que su asociación está en contra de "algunas instituciones" contempladas en la nueva reforma, una de ellas, la prisión permanente revisable. "No nos gusta. Es una pena nueva, que no existía en nuestro Ordenamiento Jurídico", ha destacado. También ha criticado la propuesta por ser un texto "más punitivo", lo que considera "innecesario", y ha insistido en que "no somos un país con un problema de seguridad pública que necesite esto". "Cualquier código penal que eleve el horizonte temporal de las penas, de alguna manera, está alejando la reinserción del sujeto, que es el objetivo que nuestra Constitución exige. No nos parece un avance, sino un retroceso", ha insistido".

[5] http://www.abogacia.es/2016/02/15/los-soajp-piden-que-se-derogue-la-prision-permanente-revisable/: Los abogados y abogadas de los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria piden que se suprima la pena de prisión permanente revisable de la legislación. Esta es una de las principales conclusiones alcanzadas en "los XVII Encuentros de los Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica

En las enmiendas 384 y 386 introducidas por el Grupo Parlamentario Popular[6] se mantuvo que la Prisión permanente no era una prolongación de la pena de prisión, si no que se trataba de una pena distinta prevista para los supuestos especialmente graves y que han alcanzado una gran reprochabilidad social y que es una pena acorde con la legislación europea y que como ellas, se configura como revisable de modo que no se trata de una pena eterna porque cabria su acortamiento, salvando así el escollo de su posible inconstitucionalidad y convirtiéndose en una sanción orientada a la rehabilitación del reo y a su reinserción social[7].

El Anteproyecto, en su Exposición de Motivos pone de relieve el lado positivo de esta pena: "(…) *una revisión judicial periódica de la situación del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de 25, 30 ó 40 años, ni para las acumulaciones de condena que puedan llegar a fijar límites superiores*" y que "*no constituye una suerte de 'pena definitiva' en la que el Estado se desatiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad con la finalidad de la reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de la pena de prisión*".

Sin pretender crear polémica[8], solo referir que en algunas ocasiones, los gobernantes pasan a ser oportunistas y acogen peticiones que no son suficientemente

---

Penitenciaria (SOAJP) de los Colegios de Abogados", celebrados en Pamplona en noviembre de 2015. Los integrantes de los SOAJP consideran que esta pena es contraria al principio de resocialización y atenta contra la dignidad de la persona y, por tanto, contraria a los artículos 25 y 10 de la Constitución. "La nueva reforma no nos protege más, no nos hace más libres, y sí nos convierte en bastante menos civilizados", aseguran. Además, denuncian el endurecimiento que supone el cambio sustancial en la naturaleza de la libertad condicional que, entre otras cuestiones, supone que, en caso de revocación, el tiempo pasado en esta situación no computará como tiempo de cumplimiento y el penado debe reingresar para extinguir todo el tiempo que le quedaba.

[6] Esta pena se intentó introducir por el Grupo Parlamentario popular durante la tramitación de la reforma del Código penal 5/2010 de 22 de junio. Ésta se hizo a través de la enmienda al proyecto de reforma núm. 384 en la que se pretendía añadir al art. 33.2 a) como pena grave: «la prisión perpetua revisable». Para más información ver la intervención del Diputado Trillo Figueroa, Boletín oficial de las cortes generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 146; 11 de marzo de 2010. Pp. 28-32.

[7] PINILLA PARAMIO, I, La Prisión Permanente Revisable, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014, p. 4.

[8] En una entrevista realizada al Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, JOSE LUIS DIAZ RIPOLLES, experto en política criminal y sistemas penales, autor de más de 50 publicaciones académicas sobre la materia (la última, Delitos y Penas en España, publicado por Catarata en 2015), entiende que la prisión permanente es mucho mas dura que una cadena perpetúa. *Vid* http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html: "Es una cadena perpetua, y de las más duras que existen, al menos en el mundo occidental. Cuando se habla de cadena perpetua uno piensa que no se sale hasta cuando uno muere, y esto en el mundo occidental no existe salvo en algunos estados de EEUU. Cuando en Derecho Penal se habla de la cadena perpetua se habla de una cadena perpetua revisable, añadir lo de revisable no cambia el concepto. Es el legislador el que se ha inventado una palabra, prisión permanente, para ocultar que están introduciendo la cadena perpetua. Hay

estudiadas y que no son queridas por la mayoría de la opinión pública. Lo que es reprobable es que en otras circunstancias no se habría acogido esta pena y el afán oportunista no debe ser el fin de la norma. Como dice ROXIN "no se debe dejar únicamente en manos de los políticos las ponderaciones y delimitaciones que son aquí necesarias, sino debe reconocerse que estas son tareas de primer rango de la ciencia del Derecho y, en este caso, también de las ciencias sociales"[9]. RÍOS MARTÍN opina que "en el proceso de elaboración de las leyes penales tiene que escuchar a las víctimas de cualquier delito, pero eso no significa que el legislador tenga que otorgarles legitimidad absoluta para dictar en exclusiva la política criminal a seguir, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena con todos los elementos jurídicos y sociológicos del fenómeno delictivo"[10]. Por último poner de relieve que como señala SENOSIAIN DIEZ, haciendo referencia al resultado de las encuestas, la opinión pública mostraba disconformidad con las penas y una gran empatía con las víctimas de delitos violentos y graves[11]. Las Asociaciones de víctimas del y los familiares de algunas de las tragedias más impactantes y crueles han agradecido la introducción en España de la prisión permanente revisable[12].

La pena de prisión permanente revisable, ha sido finalmente introducida en la Reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 1/15 de 30 de marzo, con el visto bueno del Consejo de Estado, quien en su Dictamen 358/13 analizó pormenorizadamente las distintas cuestiones que habían sido objeto de crítica en el Anteproyecto y que se corrigieron en el Proyecto y texto definitivo. Así, el Consejo

sitios, pocos, en que tras diversas revisiones puede que no te suelten. Eso sí. Pero que a alguien lo metan en la cárcel y le digan "a usted no le vamos a revisar nunca, va a estar hasta que se muera", eso no existe en casi ningún sitio. En Europa, en ningún sitio".

[9] ROXIN C., La teoría del delito en la discusión actual, Lima, 2007, p.81.

[10] LIDÓN J.M., (Coord.) y RIOS MARTÍN, J. C., la pena de prisión permanente revisable. La suspensión sustitución de la pena en Algunas cuestiones relativas a las reformas del derecho Penal y Procesal, nº10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, p. 23.

[11] SENOSIAIN DIEZ, J., La Prisión Permanente revisable en el Proyecto del C.P, en Universidad de Navarra, Pamplona, 2014, mantiene que "existe una gran empatía en nuestro país con aquellas personas que han sufrido o han sido víctimas de delitos especialmente graves. Asimismo, los medios de comunicación juegan un gran papel en este aspecto. "No cabe negar que los crímenes violentos han suscitado curiosidad en la sociedad" pero "la sobrerrepresentación de delitos violentos" dada en los medios de comunicación "influye decisivamente en la percepción social de la delincuencia" y "genera una imagen distorsionada de la sociedad acerca de la delincuencia de su país" 14. Como consecuencia, surge esta corriente punitivista con especial ímpetu cuando ocurren casos especialmente trágicos y que se mediatizan; estos casos, todo sea dicho, son muy excepcionales o poco frecuentes, p. 16.

[12] En http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/las-victimas-aplauden: El padre de Marta del Castillo ha reconocido que pensó que "no verían sus ojos" la agravación de las penas para los delitos más crueles, mientras que el progenitor de Mari Luz Cortés ha asegurado que con la prisión permanente revisable "su hija seguiría viva". La madre de Sandra Palo ha pedido además al ministro que endurezca la ley del menor. En general, las víctimas se han felicitado que se endurezcan las penas para "los delitos que más reproches causan a la sociedad".

General del Poder Judicial[13], puso de manifiesto que se incluía la nueva pena de prisión permanente revisable a la cabeza de la lista de penas graves y que al no establecer al máximo de cumplimiento era contraria a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la CE[14]. En esta misma línea, el apartado 26º del artículo único del Anteproyecto proponía una nueva redacción del artículo 35, en el que nuevamente se cita la prisión permanente revisable junto a las demás penas privativas de libertad[15]. El Gobierno, pese a mantener que España es uno de los países con menos índices de delincuencia, introduce en la legislación esta pena de larga duración[16].

Desde el punto de vista económico, según la Asociación Pro Derechos Además, el Consejo de Estado entiende que en la aplicación de la revisión y haciendo una comparativa con la legislación anterior, a revisión de la prisión permanente se somete Humanos de Andalucía (APDHA) (2015) en términos estadísticos, el 69% de la región votó a favor de la cadena perpetua y en contra un 30.8% cuando tuvieron información sobre el coste del mantenimiento de los penados condenados a esta pena[17].

La encuesta de Metroscopia sobre esta pena, realizada en 2015, pone de relieve que, en conjunto, son casi cuatro veces más numerosos los españoles que se muestran

[13] Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013: "si el Anteproyecto fuera aprobado en su actual redacción, en ninguna parte del Código penal estaría definida esta nueva pena, debiendo suponerse, entonces, que se trata de una pena de prisión perpetua, aunque ni siquiera se utiliza este "*nomen iuris*", sino el de prisión "permanente", p.38.

[14] *Ed. Cit.*,".. ante las deficiencias detectadas en la regulación de una figura de capital importancia, este Consejo considera conveniente adecuar la regulación de la PPR al principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de manera que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena objeto de cita, más allá de los beneficios penales y penitenciarios a que el penado pueda ser acreedor" p.38.

[15] La modificación de estos dos preceptos, no prevista en versiones anteriores del Anteproyecto, permite soslayar una de las críticas formuladas por el Consejo General del Poder Judicial, referida a la posible vulneración del principio de legalidad de las penas establecido en el artículo 25.1 de la Constitución Española: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Tal y como viene señalando el Tribunal Constitucional, este precepto constitucional implica, entre otras, una garantía material consistente en la exigencia de que la norma punitiva permita "predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa" (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3).

[16] En http://politica.elpais.com/politica/2015/02/01/actualidad/1422814443_171994.html:" El Gobierno, en un balance realizado en 2013 por el Ministerio del Interior, se vanagloria de que "España es un país seguro". Los datos que aporta son elocuentes. El número de crímenes por cada mil habitantes ha ido reduciéndose de forma paulatina desde los 51,9 de 2008 hasta los 46,1 de 2013, situando a España en la parte inferior del tablero de la Europa de los Quince. Solo Italia (43,4), Portugal (39,7) y Grecia (29,5) están por debajo en un listado que encabezan Suecia (146,7), Bélgica (96,9) y Dinamarca (85,1). Y si hablamos específicamente de homicidios dolosos y asesinatos consumados, susceptibles de la prisión permanente revisable, España es la nación más segura de todos los países de su entorno".

[17] https://www.researchgate.net/profile/Montserrat_Manzaneque/publication/282366917_Anlisis_CosteBeneficio_de_las_penas_de_prisin_de_larga_duracin/links/560ee7f108aec422d112d2e3.pdf.

partidarios de la prisión permanente revisable o no, que los opuestos a ella: un 67% frente al 18%. No obstante, este apoyo es 15 puntos inferior al arrojado en la encuesta de 2010. Entonces, ante la misma pregunta, un 82% era favorable a la cadena perpetua[18].

El Consejo de Europa en su informe de 2011 instó a utilizar vías de castigo alternativas tales como como la libertad vigilada, trabajos para la comunidad, localización permanente y multas y apuesta por utilizar la prisión solo como último recurso y por aplicar esas medidas alternativas en las penas más cortas[19], ello no obstante, esta pena se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación a los delitos derivados de los actos terroristas, hay que poner de relieve que aplicando la norma del artículo 76 del CP conforme la LO 5/10, dejaba insatisfechas a las víctimas de los mismos. Actualmente, debido a la nueva situación internacional y debido a las amenazas terroristas en el mundo, la legislación española se ha ido adaptando y prueba de ello es la nueva Ley en materia de delitos de terrorismo 2/15 de 30 marzo, que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de julio de 2015. Me referiré a dicha ley y a la actual para tratar el nuevo concepto de delito terrorista y ver en que medida le afecta a este tipo penal la prisión permanente revisable, pues nada dice la reforma sobre su aplicación, aunque por el carácter y duración de las penas, es evidente que le puede ser aplicable.

II. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Como ya he apuntado, esta pena es aplicable a partir del 1 de julio de 2015 y ha sido introducida por la LO 1/15 de 30 de marzo. No es una novedad en el Ordenamiento

[18] http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html: "El estudio sobre la *Opinión pública en España y la reforma penal* especifica la opción de los votantes por partidos políticos y el resultado marca un apoyo mayoritario, salvo en Izquierda Unida, a la existencia de la condena perpetua. Los simpatizantes del PSOE quedan divididos en dos mitades exactas entre los que expresan su apoyo y quienes muestran rechazo. Un 50% dice que sí, siempre que sea revisable, y otro tanto responde no, en ningún caso. Entre los que se manifiestan votantes del resto de los partidos, la situación es más homogénea cuando se les pregunta por esta medida legislativa. Los votantes del PP respaldan en un 89% esa pena de prisión permanente. Este porcentaje tan alto de apoyo a la cadena perpetua revisable procede también de los posibles votantes de UPyD (en un 90%) y en un 88% los de Ciudadanos. Por mayoría absoluta, con un 52%, los eventuales votantes de Podemos se declaran a favor de esta figura penal. Solo quienes se declaran electores de Izquierda Unida se oponen a la instauración de la cadena perpetua (el 53% de sus votantes). Por género y por edad, las mujeres son tres puntos por encima más favorables que los hombres y se da una ligera mayor predisposición a aceptar la existencia de la prisión permanente entre los más jóvenes: un 71%, frente a un 60% entre los mayores de 55 años.

[19] En http://www.minutodigital.com/2015/03/24/espana-gasta-mas-por-preso-que-por-parado/. Entre los países que han apostado por vías alternativas destaca Holanda, que en la última década ha conseguido reducir un 22% su población carcelaria. El 1 de enero de 2012 contaba con 11.324 reclusos, 67 por cada 100.000 habitantes, una densidad de 85,8 y una estancia media en prisión de 3,5 meses.

jurídico penal español, aunque si desde la instauración de la democracia en España. Comenzaré haciendo mención de los antecedentes legislativos para luego entrar en los supuestos en los que se aplica esta pena.

1. Precedentes históricos

En primer lugar, el Código Penal de 1822, introdujo en su artículo 47 los trabajos perpetuos[20]. En caso de tratarse de reos mayores de 60 años y mujeres que consistía en la reclusión para el resto de su vida. Se trataba mas que de una pena privativa de libertad, consistía en un trabajo forzado y como consecuencia de dicha labor se restringía la libertad, se trataba de un trabajo perpetuo al que se unía el uso de cadenas de por vida.

Los Códigos Penales de 1848 y de 1870 mantuvieron la cadena perpetua y la reclusión perpetua e introdujeron explícitamente la denominación de cadena perpetua. Se estableció la cadena estuviera atada exclusivamente a su cintura, sin que tuvieran que estar permanentemente unidos a otro preso. Esto se recogía en el art.94 del CP de 1848 y en el 107 del CP de 1870, puesto que suponía una pérdida de intimidad al tener que estar atado permanentemente a otros presos.

El Código Penal de 1928 eliminó la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad ya que era considerada inhumana y se fijó el límite máximo de cumplimiento de prisión de 30 años.

El Código Penal de 1932, por el cual se reformó el Código Penal de 1870, eliminó la cadena y la reclusión perpetua, quedando como pena más severa la comprendida entre veinte años y un día y treinta años. El Código Penal de 1944 reintrodujo la pena de muerte pero no la prisión permanente o la cadena perpetua[21].

[20] El artículo 47 del CP de 1822 establecía que: "Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso"

[21] *Vid*. Informe realizado por el Consejo General el Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, pp. 23 y ss. Tras esta reseña histórica, el informe del CGPJ mantiene que "aun cuando la reclusión o prisión a perpetuidad no ha sido una figura extraña a la normativa penal española, lo cierto es que esa modalidad no ha sido contemplada por los textos penales más recientes, concretamente los elaborados durante el siglo XX.

Con la instauración de la democracia, en la Constitución de 1978 eliminó la pena capital y no introdujo la cadena perpetua ni la prisión permanente, situación que se mantiene así hasta la reforma llevada a cabo por la LO 1/15 de 30 de marzo.

2. Derecho comparado

En el Dictamen realizado por el Consejo de Estado el 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se realiza un estudio[22] sobre la aplicación de esta figura jurídica en los países europeos de nuestro entorno, concluyendo que existen penas similares a la nueva pena de prisión permanente revisable con las penas equivalentes que se encuentran en el Derecho comparado[23]: Esta pena se aplica en Italia, en Alemania y en Francia[24].

---

[22] A este Dictamen se refiere el Informe realizado por el Consejo General el Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, pp. 23 y ss.

[23] Algunos autores como DÍEZ RIPOLLÉS J. L., consideran que la pena de prisión permanente revisable es mucho más dura en nuestro Ordenamiento Jurídico que en los países de nuestro entorno. *Vid* http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html:: "Volviendo a la cadena perpetua: en los países que la tienen, la pena de prisión más grave, justo por debajo de la cadena perpetua, no suele pasar de los 15 o 20 años. Nosotros tenemos penas de 30, 35 y 40 años sin cadena perpetua. A eso se une que la revisión en esos países suele comenzar a los 12, a los 15, a los 20, alguno a los 25 años, pero nosotros la vamos a revisar a los 25, y en algunos casos a los 35. ¿Qué revisión es esa? Si una persona entra en prisión con 25 años con cadena perpetua, estamos hablando de que vamos a empezar a revisar a los 50, 55 o 60 años. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al hablar de la cadena perpetua, dice que es admisible si el condenado tiene expectativas ciertas y motivadoras de que en algún momento va a poder vivir en libertad. Si no, es inaceptable".

[24] En Italia, el Código Penal italiano, en primer lugar, define la pena de *ergastolo* como una pena de prisión perpetua, con obligación de trabajar y aislamiento nocturno (artículo 22), que se prevé para delitos especialmente graves, como los que ponen en peligro la seguridad nacional, el atentado contra el Presidente de la República o contra Jefes de Estado extranjeros, el atentado con fines terroristas o subversivos y resultado de muerte, el secuestro con fines terroristas o subversivos seguido de muerte dolosa, el secuestro de menor seguido de muerte dolosa, los estragos con resultado de muerte, la difusión dolosa de epidemia, el envenenamiento de aguas o sustancias alimentarias con resultado de muerte y el homicidio agravado (artículos 276, 295, 280, 289 bis, 605, 422, 438, 439, 575, 576 y 577 del Código Penal italiano).La legislación italiana permite la revisión de la pena de *ergastolo*, a efectos de obtener la libertad condicional, una vez que el penado haya cumplido, al menos, 26 años de privación de libertad (artículo 176 del Código Penal italiano), y siempre que cumpla ciertos requisitos como el buen comportamiento durante el cumplimiento de la pena, su arrepentimiento, el cumplimiento de la responsabilidad civil o la imposibilidad de cumplirla. El régimen es, por lo demás, algo más estricto cuando se trata del acceso a la libertad condicional de condenados a pena de *ergastolo* por delitos relacionados con la criminalidad organizada. En Alemania, el Código penal alemán contempla una pena de prisión permanente revisable, modalidad punitiva que se introdujo después de que el Tribunal Constitucional federal, en su capital sentencia de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187), declarara que una pena de prisión permanente no vulnera el derecho a la dignidad humana sólo en la medida en que el penado tenga la posibilidad de ser liberado, previa la tramitación del correspondiente procedimiento. El Código penal de Alemania establece la pena de prisión permanente para delitos de especial gravedad, como los actos bélicos, la traición; la agresión a menores, la agresión sexual, el secuestro, la detención ilegal y el robo, en todos los casos con resultado de muerte; el asesinato cuando concurren determinadas circunstancias; la explosión nuclear, la emisión de radiaciones y los ataques marítimos o aéreos, también con resultado de muerte en todos los casos (artículos 80, 175 b, 178, 239 a, 251, 216 a, 211, 212, 307, 309

Según el Informe realizado por el Pleno del Consejo general del Poder judicial el 16 de enero de 2013, del panorama normativo expuesto, "es evidente que otros ordenamientos penales europeos prevén medidas de contenido similar a la Prisión Permanente Revisable, si bien también cabe decir que en algunos países, por ejemplo Alemania, la pena de privación de libertad temporal máxima no supera los quince años, límite notablemente inferior al que establece nuestro Código Penal"[25].

3. La Prisión Permanente Revisable en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

Esta figura es objeto de valoración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene pronunciándose sobre las condiciones para que ese tipo de penas sea compatible con el artículo 3 de la Convención de Roma, que prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes y por nuestro Tribunal Constitucional, adelantando que según su doctrina, la prisión permanente revisable no conculca lo preceptuado por el

---

y 316 c del Código Penal alemán). En el resultado de muerte se incluyen aquellos casos en los que esta se ha producido al menos por negligencia grave. En este caso, el acceso a la libertad condicional (que, en todo caso, llevará aparejado un periodo de libertad vigilada de cinco años) está sujeto a las siguientes condiciones: que el penado haya cumplido un mínimo de 15 años de privación de libertad; que las particulares circunstancias de la culpabilidad del condenado no exijan el cumplimiento efectivo de la pena; y que se cumplan los requisitos establecidos, con carácter general, para la liberación anticipada en casos de condenas a penas privativas de libertad de duración determinada (como son que la liberación sea apropiada teniendo en cuenta el interés general de la seguridad pública y que la persona condenada lo consienta). En tercer lugar y en relación a Francia, el Código Penal francés, también prevé una pena de reclusión criminal a perpetuidad para los delitos de asesinato y muerte en determinados casos agravados en atención a la persona de la víctima o a los motivos del crimen (artículos 221-3 y 221-4). En relación al acceso a la libertad condicional, el artículo 132- 23 del Código Penal francés establece que el condenado a una pena de reclusión criminal a perpetuidad no puede acceder a ningún beneficio penitenciario hasta que haya cumplido, según los casos, 18 o 22 años de prisión. Además, cuando la víctima del delito sea un menor de quince años y el asesinato se haya visto precedido de violación, tortura o acto de barbarie, o cuando se trata de los asesinatos cometidos contra personas depositarias de la autoridad pública (magistrados, funcionarios de la policía nacional, militar de la gendarmería o miembro del personal de la administración penitenciaria, por ejemplo), con ocasión del ejercicio de sus funciones o por razón de estas, el periodo de seguridad es, como regla general, de 30 años, pero se excluye toda posibilidad de aplicación de beneficios penitenciarios al penado a reclusión criminal a perpetuidad, salvo conmutación de la pena por indulto (artículo 221-3 del Código Penal francés). Este régimen excepcional, introducido por las Leyes nº 94- 89, de 1 de febrero de 1994, (para el primer supuesto) y nº 201-267, de 14 de marzo, (para el segundo), ha sido expresamente declarada conforme al principio de necesidad de las penas enunciado en el artículo 8 de la Declaración de los derechos del hombre en sendas decisiones del Conseil Constitutionnel de 10 de enero de 1994 (nº 93-334) y de 10 de marzo de 2011 (nº 2011-625) con, entre otros, el argumento de que "la disposición cuestionada prevé que en la hipótesis de que el tribunal decida que las medidas enumeradas en el artículo 132-23 del Código Penal no se acuerden al condenado, el juez de la aplicación de las penas podrá, transcurrido el periodo de seguridad de 30 años, iniciar el procedimiento conducente a poner fin a este régimen particular, a la vista del comportamiento del condenado y de la evolución de su personalidad...".

[25] *Vid.*, Informe realizado por el Consejo General el Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, p. 32.

Tratado de Roma ni en la Constitución Española[26].

En el supuesto más importante en el que se pronunció fue en la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kafkaris contra Chipre (nº 21906/04)[27]. El criterio que se desprende de esta jurisprudencia es que la pena permanente será conforme a la Convención siempre que no sea "incompresible", esto es, siempre que existan mecanismos previstos para su revisión que ofrezcan al penado un horizonte o esperanza de liberación. Y aboga por la importancia y necesidad de la existencia *"de iure y de facto"* de mecanismos de revisión de la pena, sin perjuicio de que en un caso concreto la liberación pueda no acordarse, aun transcurrido el periodo de seguridad, no solo por la gravedad del delito cometido, sino en atención a la peligrosidad del penado[28].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entiende que el único canon de integración con el que se debe mirar la introducción de esta pena, no debe ser solamente el artículo 3 del Convenio de Roma, sino que debe de tenerse en cuenta el Derecho interno, y, por tanto, de acuerdo con el precepto de la Constitución española definidor del derecho o libertad, que en este caso no es sólo el artículo 15 de la Constitución, que prohíbe, al igual que aquel precepto internacional, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, sino también el artículo 25.2, de acuerdo con el cual las penas privativas de

[26] *Vid*., Dictamen del Consejo de Estado nº 35813 en Pleno, en sesión celebrada el día 27 de junio de 2013. El Consejo de Estado entiende que la compatibilidad de una pena de prisión permanente con los artículos 15 y 25.2 CE depende, en primer término, de que se articulen posibilidades para su revisión, pp.42 a 45.

[27] Recuerda el Tribunal que la imposición de una pena de prisión perpetua a un delincuente adulto no es por sí misma contraria al artículo 3 ni a ninguna otra disposición de la Convención, pero que sí podría serlo en el caso de tratarse de una pena permanente e "incompresible", esto es, que no sea susceptible de reducción (Nivette contra Francia (dec.), nº 44109/08; Stanford contra Reino Unido (dec.), nº 73299/01; Wynne contra Reino Unido (dec.), nº 67385/01). Para ello se refiere a los supuestos en los que una pena puede ser considerada "incomprensible", y el Tribunal analiza "si puede afirmarse que el condenado a perpetuidad tiene posibilidades de ser liberado. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre este punto revela que allí donde el Derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena permanente con la finalidad de conmutarla, suspenderla, declarar su remisión o liberar condicionalmente al detenido, se cumplen las exigencias del artículo 3". Así, en un elevado número de asuntos, el Tribunal ha estimado que, "siempre que sea posible una revisión de la condena que abra la puerta a la libertad condicional una vez transcurrido el periodo de seguridad, no cabe afirmar que los condenados a perpetuidad se hayan visto privados de toda esperanza de liberación", y ello es así, añade, "incluso en ausencia de un periodo mínimo de detención incondicional e incluso cuando la posibilidad de una liberación condicional de los condenados a una pena perpetua es limitada", para de esta forma concluir que "una pena permanente no se transforma en "incompresible" por el mero hecho de que en la práctica exista el riesgo de que se cumpla en su integridad. A efectos del artículo 3, basta con que sea reducible de jure y de facto" (Kafkaris contra Chipre, apartado 98).

[28] *Ed. Cit.*, En l Dictamen del Consejo de Estado, se aclara que, si bien hay que aceptar que "25 años de prisión es un periodo muy largo de privación de libertad, que puede causar ansiedad e incertidumbre al solicitante" (de la revisión), este no se ve privado de toda esperanza de ser liberado y, además, "nada sugiere que la detención continuada le ocasione un sufrimiento mental o físico considerable", y sin que la mera referencia a su avanzada edad sea suficiente a estos efectos (véanse Streicher contra Alemania (dec.), nº 40384/04, y Meixner contra Alemania, antes citado), p.43.

libertad "*estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*".

En primer lugar, en relación al artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional señala reiteradamente que no sería contrario a dicho precepto si existe *revisibilidad.* Y así, dice que "a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida[29]".

En segundo lugar, en relación con la constitucionalidad del artículo 25.2 CE, se establece que dicho precepto "no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria con objeto de que configure las sanciones penales para que cumplan estos fines de reinserción establecidos en la Constitución sin que se deriven derechos subjetivos del mismo[30]".

El Tribunal Constitucional, entiende que el carácter inhumano o degradante de una pena no depende exclusivamente de su duración, sino de su ejecución. Por tanto, a tenor de lo examinado, la prisión permanente revisable seria acorde con las previsiones de la Convención Europea y de la Constitución, como afirma el Dictamen 358/13 del Consejo de Estado[31].

---

[29] *Vid*., Sentencias 148/2004, de 13 de septiembre; y 181/2004, de 2 de noviembre, con remisión a las sentencias del TEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido; y de 16 de noviembre de 1999, T. y V. c. Reino Unido.

[30] *Vid.*, Sentencias 88/1998, de 21 de abril; 204/1999, de 8 de noviembre; y 120/00, de 10 de mayo.

[31] Dictamen nº 354/13 del Consejo de Estado, señala que " el tiempo de cumplimiento efectivo que se exige a efectos de liberación condicional, por ejemplo, resulta proporcional a la extraordinaria gravedad de los delitos para los que se prevé esta pena: "el que matare al Rey o al Príncipe heredero de la Corona" (artículo 485.1 del Código Penal); "los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas", si causaran la muerte de una persona (artículo 572.2); "el que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España" (artículo 605.1); el que cometa delitos de genocidio si matara, agrediera sexualmente o infligiera lesiones a alguno de los miembros del grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes de que se trate, o delitos de lesa humanidad, si causara la muerte de alguna persona (artículos 607.1.1 y 2 y 607 bis.2.1); el asesinato, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: "que la víctima sea menor de 16 años de edad, o

4. Supuestos de aplicación de la pena de prisión permanente

En nuevo texto legal, como he señalado, prevé expresamente la pena de prisión permanente revisable para la comisión de determinados delitos (artículos 140, 485.1, 572.2, 605.1, 607 y 607 bis. En todos estos casos, el texto legal es del mismo o similar tenor: *"El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (…)*

Los supuestos en los que se aplica esta nueva pena en casos de asesinato están recogidos en el artículo 140 del CP/15 y son las siguientes:

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.ª Que del delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Y, por último, que sea condenado por asesinato de más de dos personas.

Por tanto, es factible su aplicación a delitos relacionados con el terrorismo, en el que las victimas puedan ser menores de dieciséis años, especialmente vulnerables, se haya cometido el asesinato por quien pertenezca a un grupo u organización criminal o se trate del asesinato de más de dos personas.

La prisión permanente revisable se contempla en casos que la exposición de motivos califica de excepcional gravedad y enumera: "asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe de Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad".

5. Determinación de la pena

En relación a la determinación de la pena, siguiendo a SERRETA PESQUERA[32], la incorporación de una pena nueva como es la prisión permanente revisable exige establecer

---

se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental"; "que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima"; o "que el delito se hubiere cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal" (artículo 140.1); y el asesinato de dos o más personas (artículo 140.2)", p. 46.

[32] LIDÓN J.M., (Coord.) y SERRETA PESQUERA, R., Normas relativas a la determinación de la pena, a los concursos de delitos y al delito continuado, en: Algunas cuestiones relativas a las reformas del derecho Penal y Procesal, nº10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014.

reglas relativas a cual sea su pena inferior en grado. Previsión recogida añadiendo el apartado 4 al artículo 70 CP, y que establece que "la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años», esto es una pena cuyo límite inferior coincide con la prevista como regla general de duración máxima de la pena de prisión (art. 36.2 CP) y con la regla general de máximo de cumplimiento efectivo de la condena (art. 76.1 CP).

Se incorpora una regla de máximo de cumplimiento efectivo de las condenas, art. 76.1 e), «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los art. 92 y 78 bis».

El art. 78 bis del CP se introduce *ex novo* y establece el mínimo de cumplimiento para pasar a tercer grado en los casos en los que el sujeto ha sido condenado por varios delitos y al menos uno de ellos está castigado con pena de prisión permanente revisable, que va de 18 a 22 años:

- mínimo de 18 años cuando el resto de las penas impuestas sume un total que exceda de 5 años;
- mínimo de 20 años cuando el resto de las penas impuestas sume un total que exceda de 15 años;
- mínimo de 22 años, en el caso de dos o más delitos castigados con prisión permanente o uno con prisión permanente y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más[33].

6. Revisión de la pena

El artículo 92 regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y exige los siguientes requisitos:

(i) Que haya cumplido el penado 25 años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 78 bis.

(ii) Que se encuentre clasificado en tercer grado y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social

[33] En relación al acceso al tercer grado, contempla una regla específica para los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que contempla como límite mínimo para el acceso al tercer grado de 24 años de prisión en los dos primeros supuestos contemplados y de 32 años en el tercero. Y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 28 años de prisión en los dos primeros casos y de 35 en el tercero.

(iii) En el caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo además que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado[34].

En relación a los permisos penitenciarios la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) establece dos requisitos legales para la concesión de los permisos. Por un lado que el preso tenga la cuarta parte de la condena cumplida; por otra, que tenga buena conducta y, además, según el Reglamento Penitenciario (RP) se establece que es necesario "el informe preceptivo que el equipo técnico del centro penitenciario tiene que hacer para valorar la concesión de los permisos podrá ser negativo, cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o se prevea una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento» (art. 156.1 RP)".

III. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN LOS DELITOS DE TERRORISMO

En el Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Terrorismo que es el mismo que el de la LO 2/15 de 30 de marzo, recoge los llamamientos internacionales a fin de que las legislaciones tipifiquen conductas a la vista de la nueva situación y las necesidades legislativas[35]. Es una constante del legislador adecuar las necesidades

[34] Como ejemplo tenemos que tras el cumplimiento efectivo de quince años de prisión el penado puede obtener la clasificación en tercer grado –si el tribunal sentenciador aprecia un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (artículo 36.3)-; a partir de los veinticinco años el interno clasificado en tercer grado puede conseguir la libertad condicional (artículo 92.1) y, transcurrido un plazo de cinco a diez años desde la concesión del anterior beneficio, lograr la remisión definitiva de la pena (artículo 92.3).

[35] Así, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las

existentes a la legislación vigente, y que existe una preocupación constante por adecuar las normas desde el marco punitivo a los nuevos fenómenos terroristas que surgen en la actualidad, no en vano, el delito de terrorismo se viene legislando desde el Código Penal de 1973 que contenía en los artículos 260 a 263 los delitos de terrorismo, los cuales fueron sacados del CP por ley 82/1978, de 28 de diciembre, y regulados por leyes especiales, hasta la LO 3/1988, de 25 de mayo, que los devolvió al Código Penal, pasando a integrar la actual sección desde el CP 1995, con puntuales modificaciones posteriores[36].

1. Concepto de terrorismo y tipos penales

Se ha tipificado como terrorismo aquellos comportamientos delictivos de grupo que producen una honda conmoción nacional[37]. El terrorismo implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras[38]. En el *Diccionario de la Real Academia*, se dice que terrorismo es "la sucesión de actos de violencia".

Conforme la Ley Orgánica 2/15 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, en materia de delitos de terrorismo, antes aludida, el terrorismo actual se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

El artículo 573 de LO 2/15 de 30 de marzo tipifica en delito de terrorismo: "1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o

---

regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito. Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

[36] SÁNCHEZ MELGAR, J, (Coord.) Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2004, p. 2405

[37] PULGAR GUTIÉRREZ, M.B, Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21

[38] KAPLAN, A., La ética del Terror, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983, pp. 5-30.

la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo".

2. Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

En la actualidad el terrorismo en España ha disminuido gracias al cese definitivo de ETA, aunque otras organizaciones como Resistencia Galega han causado explosiones sin daños personales pero si materiales, también el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España, actualmente se han llevado a cabo múltiples detenciones por parte de la policía a estos yihadistas.

Hare un breve estudio sobre las modificaciones más importantes, poniendo de relieve que no se dice nada en la reforma sobre la aplicación de la prisión permanente

revisable que, sin duda, le es de aplicación, y a la que las asociaciones de víctimas han aclamado[39].

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LO 2/15, que reproduce el Preámbulo de la Proposición de Ley aprobado por el Senado el día 23 de marzo de 2015, podemos decir que la reforma supone una amplia modificación del capítulo VII del título XXII del libro II del CP "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo".

Este capítulo se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580. La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de *prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal*. Esta remisión hace que sea posible, en estos casos, la imposición de la prisión permanente revisable recogida en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, a pesar de que sobre este punto no hubo acuerdo entre las fuerzas políticas y por ello no se ha hecho mención expresa a esta pena en el texto objeto de este análisis[40]. Sin embargo, hay que poner de relieve que sí se hizo mención a la prisión permanente revisable en el Proyecto de Reforma que decía en el apartado segundo del artículo 572 que "Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas, incurrirán: 1) En la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de una persona". En el resto de supuestos, las penas aumentan considerablemente[41].

---

[39] http://www.larazon.es/espana/las-victimas-satisfechas-con-la-nueva-prision-permanente-revisable: "La presidenta de la Fundación de Víctimas del Terrorismo, Mari Mar Blanco agradeció este nuevo texto que hace que la ley «sea más justa, evitando que terroristas que no han cumplido sus condenas» salgan de prisión".

[40] Diario La Ley, Nº 8511, Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

[41] Así, en los secuestros, si no se da razón del paradero de la persona desaparecida, la prisión será de 20 a 25 años (antes de 20 a 30); si se produjera un aborto o lesiones, de 15 a 20 años (antes de 10 a 15). Como novedad recogida por primera vez en esta Ley, se agrava la pena si la víctima es un funcionario de Prisiones, equiparándolo así a los agentes policiales y a los militares. El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el artículo 573.1. Se recoge de manera particular la agravación de la pena (de

En relación a la suspensión de la pena de prisión permanente revisable en caso de delitos de terrorismo, se hacen necesarios requisitos especiales que son los siguientes: a) que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, b) que haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir otros delitos por parte de la organización terrorista, bien para atenuar los

---

10 a 20 años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva. El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero. Todas estas conductas se castigarán con una pena de 2 a 5 años. El artículo 576 establece la pena básica de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo. Se prevé, además, la responsabilidad penal para las personas jurídicas por estos delito. El artículo 577 recoge la tipificación y sanción (prisión de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses) de las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores o a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata. En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos. El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades y también en el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. El artículo 580 prevé en relación a la persiguibilidad, que los delitos de terrorismo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución. Asimismo, se contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia. Al condenado a prisión por uno o más delitos de terrorismo se le impondrá, además, la medida de libertad vigilada de 5 a 10 años, y de uno a 5 años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. En cualquier caso, y aunque se trate de un delito que no sea grave y el condenado hubiere delinquido por primera vez, el juez podrá imponerla atendiendo a la peligrosidad del sujeto. Como novedad cabe destacar que el juez podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente podrá ordenar a los responsables de los servidores que retiren los contenidos ilícitos y a los buscadores que supriman enlaces que apunten a ellos. Esta medida, que tendrá que ser siempre proporcional a la gravedad del delito, podrá ser acordada por el juez de forma cautelar durante la instrucción de un caso.

efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Para que pueda suspenderse la pena será necesario acreditar: 1.- Una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia; 2.- y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito; 3.- así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con la autoridades.

En relación al acceso al tercer grado, contempla una regla específica para los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que contempla como límite mínimo para el acceso al tercer grado de 24 años de prisión en los dos primeros supuestos contemplados en el artículo 92 CP/15 y de 32 años en el tercero. Y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 28 años de prisión en los dos primeros casos y de 35 en el tercero.

IV. CONCLUSIONES

La aplicación de la prisión permanente revisable, aplicable en España a partir del 1 de julio de 2015, ha sido aplaudido por ciertos sectores de la población como las Asociaciones de víctimas, y criticado por otros que entienden que se vulnera el artículo 25.2 de la CE en relación a los fines de las penas de reinserción y reeducación social. Sectores más críticos añaden que es una pena inconstitucional y que debe de ser erradicada de nuestro ordenamiento jurídico a la mayor brevedad. Lo cierto es que transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, no hay todavía ningún caso de aplicación práctica, no se ha impuesto, por el momento, esta dura pena a ningún condenado.

En Derecho comparado hemos visto que no le es ajena a los países de nuestro entorno la aplicación de la prisión permanente revisable, si bien con distinta duración en los plazos de revisión, siendo más dura en nuestro país que en Alemania.

En relación a la constitucionalidad de la norma, nuestro TC conforme a la jurisprudencia analizada ha venido entendiendo que esta pena no es contraria a lo

dispuesto en el artículo 15 CE dado que es "revisable" y tampoco es contraria a lo dispuesto en el artículo 25.2 del mismo texto legal, en cuanto que entiende que el carácter inhumano o degradante de una pena no depende exclusivamente de su duración, sino de su ejecución y que se ofrece al penado la posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios previa verificación de unos requisitos más exigentes de los establecidos para la aplicación de esos beneficios en relación a los delitos relacionados con el terrorismo.

El Consejo de Europa ha venido recomendando otras medidas alternativas a la prisión, sin embargo en España, todavía sigue siendo alto el número de la población reclusa y el coste económico por penado alcanza la cifra diaria de 65 euros. Con esta cifra diaria, se puede deducir fácilmente que el coste de cada penado por prisión permanente seria elevado, pues hay que multiplicar esa cantidad por los años que deben pasar redimiendo la pena que oscila entre 18 a 35 años, dependiendo del caso, y de ahí los datos obtenidos en la tabla que se adjunta.

Si se hubiera informado a la opinión pública de que será necesario elevar la partida presupuestaria para el mantenimiento de estos penados quizá no hubiera tenido tanta aprobación.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-FERNÁNDEZ, F., Psicología del terrorismo: la personalidad del terrorista y la patología de sus víctimas, Barcelona, Ediciones Científicas y Técnicas, 1994.

ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo, en L. L., 1895-3

BACA BALDOMERO, E., y CABANAS ARRATE, M.L., (editores), Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos, Madrid, Triacastela, 2003.

BERNARDI, A. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. Polít. crim. [online], vol.5, n.9.

BILBAO, G., Víctimas del terrorismo y reconciliación en el Pais Vasco, Bilbao, Bakeaz, 2007.COBO DEL ROSAL Y OTROS, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004),

Bosch, Barcelona, 2004 e Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General, CESES ediciones, Madrid, 2004.

ROXIN C., La teoría del delito en la discusión actual, Lima, 2007.

DE MIGUEL, M. E., La asistencia respecto de las víctimas, coordenadas del Departamento de Justicia, en: Eguzkilore, núm. 1462, 1987. Diario La Ley, Nº 8511, Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

ETXEBERRIA, X., Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007 y La participación social y política de las víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007.

FISCHER, H. A., Los daños civiles y su reparación, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.

GARCÍA ANDRADE, J. A., Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito, (el autor), Madrid, 1982.

GAROFALO, R., Indemnización a las víctimas del delito, Pamplona, Analecta, 2002.

HERMAN, J. Trauma y recuperación, Espasa Calpe, Madrid.

KAPLAN, A., La ética del Terror, en: Eichelman, Soskis y Reids: Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007 y Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.

LIDÓN J.M., (Coord.) y RIOS MARTÍN, J. C., La pena de prisión permanente revisable. La suspensión sustitución de la pena, en: Algunas cuestiones relativas a las reformas del derecho Penal y Procesal, nº10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014.

LÓPEZ MARTÍN, P., III Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo, Valencia, 13-14 de febrero de 2006, (Coordinador de contenidos Pablo López Martín) Madrid: CEU, 2006.

MARTÍN BERISTAIN, C., Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco, Madrid, Fundamentos, 2004.

MENDELSÖHN. B., La victimología, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio, Madrid, Dykinson, 2000.

PATIÑO, J. F., Trauma por explosiones y bombas. En: http://www PÉREZ ARGILÉS, V., Prácticas de Medicina Legal y Toxicológica, F. Martínez, Zaragoza, 1940.fepafem.org/guias/trauma.htm, 1999.

PÉREZ, F. P., Las víctimas ante el proceso de paz en Euskadi día a día, cronología del proceso de Paz, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2006; Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; Guía de atención psicológica a las víctimas del terrorismo: manual de autoyuda psicológica, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003*;* Guía de ayuda piscoasistencial a las víctimas del terrorismo, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

PINILLA PARAMIO, I, La Prisión Permanente Revisable, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014.

PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004.

REDONDO HERMIDA, A., La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica, en: Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007.

RIOS MARTÍN, J.C., La prisión permanente en España. Razones de su legitimidad ética y su inconstitucionalidad, Donostia, San Sebastián, Michelena Artes Gráficas, 2013.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.) Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2004.

SANMARTÍN, José, La violencia y sus claves, Barcelona, 2001, Ariel.

SANMARTÍN, José y RAINE, A., Violencia y psicopatía, Barcelona, 2000, Ariel.

SAN SEBASTIÁN, I., Los años de plomo: memoria en carne viva de las víctimas, Madrid, Temas de Hoy, 2003.

SENOSIAIN DIEZ, J. La Prisión Permanente revisable en el Proyecto del C.P, en: Universidad de Navarra, Pamplona, 2014.

SYMMONDS, M., La victimización y el tratamiento rehabilitador, en: Eichelman, Soskis y Reids: Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

TORRES MINAYA, P., 11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VILLA, I., Saber que se puede: recuerdos y reflexiones de una víctima del terrorismo, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VI. FUENTES

Dictamen del Consejo de Estado nº 35813 en Pleno, en sesión celebrada el día 27 de junio de 2013.

Informe de fecha 16 de enero de 2013, realizado por el Consejo General el Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

* * * * * *

Mónica Fernández Salgado
Juez Sustituta, Ourense. Socia de la FICP.

~Comentario a la Sentencia de 28 de abril de 2016, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El error de tipo y la comisión por omisión en la muerte de un recién nacido~

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia que se aborda afronta el fallecimiento de un recién nacido, se intenta determinar a lo largo de todo el proceso si éste derivó de la posible falta de atención recibida tras su nacimiento o bien la muerte se debió a las circunstancias traumáticas en que se desarrolló el parto.

Según la exposición de los hechos, la madre, Reyes, de 20 años, dio a luz en el cuarto de baño de su domicilio pero creyendo que el bebé estaba muerto no le prestó la atención adecuada.

El debate que se plantea en este procedimiento es si concurre un delito de homicidio imprudente y si se respetó el derecho a la presunción de inocencia de la madre.

El suceso tuvo lugar en la ciudad de Melilla y la causa fue incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 siguiéndose su enjuiciamiento por el procedimiento de Jurado en la Audiencia de Málaga[1], que dictó Sentencia absolviendo a la acusada, madre del bebé, del delito de asesinato y condenándola por un delito de homicidio imprudente.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación desestimado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sentencia de 21 de Septiembre de 2015, recurrida en casación por la representación procesal de Reyes, que alega infracción de ley por error en la valoración de la prueba, por falta de aplicación del artículo 14 del Código Penal[2] y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

[1] Procedimiento del Tribunal del Jurado número 4/2.013, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Melilla, Rollo de Sala 1/2013, Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 11 de Marzo de 2015

[2] Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal

Los problemas jurídicos que se suscitan están relacionados con la posible existencia de error en la conducta de Reyes y en la correcta o no valoración de la prueba por parte del Jurado.

II. EL ERROR

1. Posicionamiento doctrinal en materia de error[3].

El dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo (de injusto), concretamente su parte objetiva, aparte de la ausencia de la voluntad. La otra forma de exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectivo o conocimiento de los elementos del tipo. Dicha falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado, de la situación típica; en sentido lato, en ambos casos puede hablarse de error (sobre la situación).

Durante bastante tiempo la doctrina mayoritaria consideraba que también excluye el dolo el error (ignorancia o equivocación) sobre la antijuridicidad de la conducta, el no saber o no creer que está prohibida y desvalorada; sin embargo, en la actualidad la doctrina mayoritaria e incluso las legislaciones consideran que este error no excluye el dolo y por tanto debe tratarse de modo diferente al error sobre los elementos del tipo.

Tradicionalmente, en Derecho penal se hablaba de error de hecho y error de derecho, en la doctrina moderna se sustituye esa distinción por la de error de tipo y error de prohibición por dos razones: primero, porque, cuando en una descripción legal se contienen *elementos normativos del tipo*, el error sobre alguno de ellos puede deberse a un error de Derecho –p.ej. en el hurto considerar la cosa que se toma como no "ajena" debido a desconocimiento o falsa interpretación de las normas civiles sobre propiedad– y ser sin embargo ya un error sobre el tipo (sobre los elementos que fundamentan la prohibición) y no meramente un error sobre la prohibición; segundo, porque a partir del finalismo un sector doctrinal mantiene (aunque esta posición es mucho más discutible) que el *error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación* –causas de justificación putativas–, pese a ser un error de hecho, es un error de prohibición, y no un error sobre el tipo excluyente del dolo.

El artículo 14 del Código Penal vigente establece que "*el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible,*

[3] LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal, Universitas, 1996, pp. 437-486.

la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

Se contemplan en el artículo citado el error sobre el hecho constitutivo de la infracción, el error sobre el hecho que cualifique la infracción o constituya la circunstancia agravante y el error sobre la ilicitud del hecho.

El error es un juicio falso como concepto positivo, "error de hecho", y de una falta de conocimiento como ignorancia, "error de derecho", conceptos positivo y negativo respectivamente del problema. El error en el agente sobre la conducta da lugar a la inexistencia de la infracción penal, por ausencia de culpabilidad, en cuanto que es el aspecto negativo del elemento intelectual de dolo, ya que consiste en la desconexión entre la realidad de los hechos y la representación en el sujeto de la actividad delictiva, distinguiendo la jurisprudencia un error de tipo, cuando versa sobre los hechos integradores de la conducta tipificada, y un error de prohibición, si se proyecta sobre el conocimiento de la significación antijurídica.

La distinción legal entre error de tipo y error de prohibición radica en que, en el primer caso, ha de tratarse de un error invencible sobre un elemento esencial de la infracción penal o que agrave la pena, en cuyo caso excluye la responsabilidad criminal, mientras que si ese error es vencible, la infracción será castigada, en su caso, como culposa, y en el segundo, se trata de la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, lo que excluye la responsabilidad criminal, pero si la creencia errónea es vencible, se aplicaría una eximente incompleta.

El error de tipo se circunscribe al dolo natural del delito, alterando el tipo de lo injusto en las figuras dolosas, mientras que el error de prohibición se refiere al conocimiento de la antijuridicidad y se integra y atañe a la culpabilidad, suponiendo la creencia en la licitud del obrar o actuar, que puede venir originada tanto por error sobre la norma prohibitiva, como por error sobre la causa de justificación. En el error de prohibición no falta un conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad, sino que se interpone la falsa creencia de estar operando legítimamente, por lo que en su enjuiciamiento habrán de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento

o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar.

El error invencible sobre un elemento esencial del tipo excluye la responsabilidad, en tanto que el mismo error sobre una circunstancia de agravación impide la aplicación de ésta, siendo así que el error de tipo en general conforma una representación falsa de la realidad, pero si ese error fuere vencible, entonces se llega al castigo de la infracción como culposa.

Si el error podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia y, como dispone el art. 14.1, inciso 2º del Código Penal, "la infracción será castigada, en su caso, como imprudente", lo que presupone que el correspondiente tipo admita la comisión imprudente –p.ej. habrá homicidio imprudente si un cazador, creyendo en una observación precipitada que tras unos matorrales hay una pieza de caza, mata de un disparo a la persona que había allí–, pues si no es así, el error aun vencible dará lugar a impunidad:

El Código Penal en su artículo 12 establece que sólo es punible la comisión imprudente cuando está expresamente prevista por la ley.

Hay que establecer si el error es objetivamente vencible o evitable, atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste. Ello a pesar de que, incorrectamente, el 14.1, inc. 2º Código Penal 1995 (como ya lo hacía el art. 6 bis a,2º Código Penal 1944/73) hable de error "vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor", debiendo interpretarse esto último en el indicado sentido de cómo operaría el hombre ideal colocado en las circunstancias personales del autor; pues si el error es objetivamente vencible, hay imprudencia –cuestión de injusto– aunque sea un error subjetivamente invencible, lo que sólo excluye la culpabilidad individual por esa infracción imprudente (lo que no puede haber es un error subjetivamente vencible, pero objetivamente invencible, ya que en el juicio sobre la vencibilidad o invencibilidad objetiva, al hombre ideal se le coloca en la situación del autor y se le añaden en su caso los conocimientos especiales de éste).

El artículo 14.1 establece que si el error (sobre un elemento típico esencial) es invencible, "excluye la responsabilidad criminal". Pues bien, hay que precisar que si el error de tipo se basa en una creencia objetivamente fundada o, en general, es

objetivamente inevitable aun para el hombre medio ideal –desde el punto de vista del Derecho y para cada posición jurídica– colocado en la situación del autor, con los conocimientos de éste y empleando toda la diligencia objetivamente debida, no hay ni dolo ni imprudencia alguna, por lo que se trata de un supuesto especial de caso fortuito; así ocurre si el maquinista de un tren, al llegar a una señal luminosa que por fallo del sistema le deja paso libre, sigue por una vía sin sospechar que a la salida de una curva se va a encontrar con otro convoy, al que embiste, causando múltiples daños, muertes y lesiones.

En cambio, si había imprudencia por ser objetivamente vencible el error, pero era subjetivamente invencible dadas las condiciones personales del sujeto, éste será inculpable; y la exención de responsabilidad penal encaja también en el supuesto de error invencible.

2. El error en Derecho Comparado.

El Derecho Comparado nos permite visualizar las principales tendencias actuales que prevalecen en la protección jurídico-penal del error.

A continuación expongo un breve recorrido por las legislaciones penales de diferentes países con las pinceladas sobre dicha regulación en las respectivas legislaciones[4]:

- Alemania: del estudio realizado por Luis Emilio ROJAS (LL.M. Universität Freiburg) en cuanto al error de tipo se establece que obra sin dolo aquel que, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal. El error de tipo excluye, por tanto, la punibilidad por un injusto doloso, pero no impide el castigo a título de culpa. El error de tipo es concebido como ausencia de una representación correcta. El dolo debe abarcar no sólo la conducta, sino también el resultado (en los delitos de resultado) y la conexión de causalidad entre ambos.

- Argentina: en estudio realizado por Luis Fernando NIÑO se afirma que si por efecto de error o ignorancia el autor de un delito no ha conocido el carácter particular de la acción que ha cometido y este carácter es capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable comete un delito más grave

[4] Revista Penal, número 20. Sistemas Penales Comparados: Teoría del error. Publicación semestral de Wolters Kluwer España, en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla.

que el que intentaba, no se le imputará el hecho como voluntario, sino en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso.

- Brasil: en estudio realizado por Luz Flavi GOMES se establece la distinción entre el error en los requisitos contenidos en el tipo y error de prohibición que es el error en la ilegalidad del hecho.

- Chile: en estudio realizado por Felipe CABALLERO BRUNLOS se establece que los elementos constitutivos de la infracción o error de tipo no han presentado problemas de reconocimiento jurisprudencial; la construcción dogmática se ha derivado a partir de supuestos de ausencia de dolo. A su vez el dolo tiene reconocimiento legal en el Código Penal. La aceptación del efecto exculpante del error de prohibición (a pesar de no tener un reconocimiento legal expreso) ha ido siendo progresivamente incorporada por la jurisprudencia de los tribunales.

- Costa Rica: en estudio realizado por Roberto MADRIGAL ZAMORA se establece que el error de hecho estipula que no es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista. Si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado. Respecto al error de derecho no es culpable el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada. El error de tipo cobija aquella hipótesis de quien supone falsamente que en el caso concreto no se dan las circunstancias necesarias para hacer surgir la acción prevista por el tipo penal, equivocación que evita que nazca el dolo. Esto significa entonces que el análisis sobre esta clase de error se encuentra ubicado en la tipicidad

- Ecuador: en estudio realizado por Dra. Patricia ZAMBRANO VILLACRES, Catedrática de Derecho Penal Universidad del Pacifico, establece que esta legislación expresa ignorancia, no menciona error, y ello se debe a que siguen manteniendo la visión de que se puede dar el elemento excusante, es decir, de que se haya realizado alguna acción u omisión de modo culposo y no doloso.

- Grecia: en estudio realizado por Dr. Dimitris ZIOUVAS, LL.M. Abogado (Atenas y Berlín) Docente Universidad del Peloponeso, se establece que el error de tipo es la falta de conocimiento de las circunstancias del hecho por parte del autor, excluye el dolo. Las circunstancias del hecho son aquellos elementos del tipo legal que constituyen el substrato del injusto punible y conforman el objeto del dolo. El error de tipo excluye el dolo y la culpa consciente independientemente de si era evitable o inevitable. En conexión con la regla general de no punibilidad de la imprudencia, ello trae como consecuencia que el error sobre circunstancias del hecho, en el Derecho penal griego, conduce normalmente a la ausencia de castigo. Del error de tipo debe distinguirse el llamado error invertido. En éste, el autor no ignora una circunstancia del hecho, sino que cree erróneamente que se presenta una circunstancia que fundamenta o agrava la punibilidad. Este caso es tratado como una tentativa inidónea por el Derecho griego.

- Guatemala: en estudio realizado por Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS se establece que no se reconoce el error de tipo. Quien comete un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta a aquélla a quien se proponía ofender o el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar. Con ello se excluye en forma absoluta el error de tipo de carácter invencible, el cual carece de reconocimiento expreso en la legislación. La regla actual impone que el sujeto debe ser castigado, aun cuando el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar

- Italia: en estudio realizado por Dr. Vico VALENTINI, Università di Modena e Reggio Emilia, establece que la noción de error de hecho no suscita problemas particulares, ya que se trata de uno de los rarísimos puntos respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia están perfectamente de acuerdo. Se trata, en realidad, de una errónea percepción de la realidad factual, es decir, de la falsa representación de un aspecto o de un elemento del «tipo» entendido en su configuración histórico-material. Para poder considerar completo el dolo no es necesario que el sujeto conozca con precisión la normativa extrapenal a la que el tipo penal reenvía, sino que es más que suficiente que tenga el conocimiento de un «profano» o «laico » de la materia.

- México: en estudio realizado por Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA, Departamento de Investigaciones Jurídicas Universidad de Guanajuato, se establece que el delito se excluye cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal o respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

- Panamá: en estudio realizado por Carlos Enrique MUÑOZ POPE Catedrático de Derecho se ocupa del error de tipo en los siguientes términos: «No delinque quien actúa con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión no concurre en alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal». «No es culpable quien, conociendo las condiciones o circunstancias del hecho que integran la conducta, por error invencible ignora su licitud»

- Polonia: en estudio realizado por Dra. Barbara KUNICKA-MICHALSKA, Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias Varsovia se establece que en el vigente Código Penal polaco de 1997, los problemas de error están regulados al lado de causas como la legítima defensa, estado de necesidad, el riesgo permitido, alteraciones de las facultades psíquicas. En el Código vigente se distingue tres categorías del error: 1) el error de tipo, es decir el error sobre la causa que tiene característica (elemento constitutivo) del hecho prohibido; 2) el error de contratipo o de culpabilidad, es decir sobre la causa que excluye la ilicitud o la culpabilidad; 3) la ignorancia del carácter ilícito del hecho

- Portugal: en estudio realizado por Frederico DE LACERDA DA COSTA PINTO, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa se establece que el error en derecho penal es la ausencia o falsa representación de la realidad. Presupone una conciencia exacta de la situación de hecho de delito y el alcance de la ilegalidad configurado en la acción. El objeto del error correspondiente coincide con la intención o el propósito con el conocimiento del sustrato de la ilegalidad.

- Venezuela: en estudio realizado por Jesús Enrique RINCÓN RINCÓN, Doctor en Derecho establece que el error de tipo supone una creencia equivocada, distinta o diferente a lo establecido realmente por la norma. Es el error que recae sobre alguno de los elementos normativos o descriptivos del tipo, sobre uno o más de

los elementos integrantes del hecho típico, de la infracción penal. El error de prohibición se refiere a la antijuridicidad de la acción.

- El Salvador: en la Revista de Enfoque Jurídico de El Salvador, Moris LANDAVERDE[5] manifiesta que existen corrientes que establecen que el punto de partida del tema objeto de estudio lo constituye la voluntad consciente de realizar el tipo objetivo de un delito, que está conformado por elementos descriptivos, normativos y valorativos. El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. En general el error es la ignorancia o falsa apreciación de una situación**,** por lo que el error de tipo consistiría en la acción ejecutada desconociendo circunstancias o elementos básicos del tipo o figura delictiva. El error es vencible cuando el sujeto, aplicando *"el cuidado debido"*, podía salir del error en que se hallaba y no realizar el tipo objetivo. Si no obstante, el agente, aplica *"el cuidado debido"*, pero aun así no ha podido salir del error en que se hallaba, estamos en presencia de error invencible como exigencia del principio de no exigibilidad de otra conducta. En ambos casos, el elemento preponderante para establecer la distinción entre uno y otro, es el cuidado debido, el cual está constituido por el deber general. Si el error es invencible excluye la responsabilidad penal, ya que no existe dolo y a la vez excluye la imprudencia, ya que al sujeto activo no se le puede exigir otra conducta, ya que ha actuado conforme al cuidado debido.

III. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE ERROR

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ahondar en el ámbito del error y aplicar el mismo criterio que en la Sentencia cuyo comentario abordamos en las de 27 de octubre de 2009 y 28 de junio de 2013.

En la primera citada[6] los hechos que se describen derivan de la actuación de un Guardia Civil en la costa del término municipal de Tarifa que acudió a detener con otros agentes a los inmigrantes que habían desembarcado en una de las playas de la zona. Al perseguir a uno de los inmigrantes de nacionalidad marroquí que se habían dispersado

[5] LANDAVERDE, Mori. El error de tipo, Enfoque Jurídico, 14 de abril de 2015.
[6] STS, Sala de lo Penal, Sección:1ª, 27/10/2009 (rec.818/2009).

por la playa, después de darle el alto con un disparo intimidatorio al aire, se acercó a él para detenerlo, momento en que perdió el equilibrio y se cayó al suelo, disparándosele el arma al apretar el gatillo en un movimiento reflejo, de tal forma que alcanzó al ciudadano marroquí y le causó la muerte inmediata.

El Tribunal Supremo considera que el hecho debió de haber sido calificado como falta de imprudencia y no delito. Se indica "*la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales.*

... La gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado."

En la segunda[7] se estima el recurso interpuesto y se condena al recurrente como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave, revocando la condena de instancia, que había calificado los hechos como una falta de imprudencia. "…*Cuando el acusado cogió del suelo la escopeta de aire comprimido, infringió tanto el deber de cuidado interno, consistente en este caso en asegurarse de que el arma se hallaba descargada, como el deber de cuidado externo, que le obligaba a manejar el arma de*

[7] STS, Sala de lo Penal, Sección: 1ª, 28/06/2013 (rec.2069/2012).

forma que nunca apuntara hacia ninguna persona que se hallara en las proximidades, y mucho menos cuando se tiene puesto un dedo en el gatillo. Y como el riesgo que se generó acabó materializándose en el resultado, es claro que concurre también la relación causal entre la acción imprudente y las lesiones producidas a la víctima. Por otro lado, se aprecia que se dan los elementos propios de la imprudencia grave, puesto que la infracción del deber de cuidado fue de notable entidad, en cuanto que el riesgo que generaba con su forma de maniobrar con el arma era relevante.

...El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de este le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal (STS 1089/2009, de 27-10)."

IV. COMISIÓN POR OMISIÓN

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado pueden considerarse cometidos por omisión gracias a la figura de la comisión por omisión. Existen delitos de omisión pura o propios y delitos de omisión impropios o de comisión por omisión, éstos parecen delitos omisivos puros, porque infringen un deber, una conducta debida, pero haciéndolo no incumplen sólo la norma imperativa, sino también la norma prohibitiva, y se puede afirmar que al incumplir su deber están literalmente matando, lesionando etc.

Para establecer cuándo estamos ante algo más que una omisión pura se han barajado dos teorías: la de la posición de garante y la del criterio de equivalencia de la omisión a la acción. La teoría de la posición de garante es la mayoritaria y la más aplicada en el entorno jurídico-penal español, importada de la dogmática jurídico-penal alemana. Incluso parece que es la que el Código español señala como criterio legal a seguir en el artículo 11, en su redacción de la LO 1/2015.

Se equiparará la omisión a la acción cuando haya una específica obligación legal o contractual de actuar y cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Por tanto habrá comisión por omisión cuando el que incumpla un deber sea o esté en posición de garante. Es garante el que la ley designa al imponerle el cumplimiento de una obligación específica. Así se considera que alguien es garante cuando hay una estrecha vinculación familiar o comunidad de vida por ejemplo se da esta situación en las relaciones familiares más próximas que comportan una absoluta dependencia existencial de unas personas respecto de otras. Es el caso de la protección de los padres deben a sus hijos recién nacidos y hasta tanto no puedan valerse por sí mismos o la dependencia en la que se encuentran los padres ancianos de sus hijos. Lo importante en este caso no es tanto la relación familiar sino la efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de la otra;

De la redacción del artículo 11 se deriva también la hipótesis de que la omisión equivalga según el texto de la ley a la acción. Así sólo hay comisión por omisión cuando ésta equivalga exactamente a la producción positiva del resultado y con tener una posición de garantía, la equivalencia entre acción y omisión no está garantizada. La omisión equivale a la acción, cuando es la propia omisión la que crea un peligro para un bien jurídico que hasta ese preciso momento no existía o agrava el peligro existente con una intervención que modifica el curso causal natural. Este criterio se comprueba a través de la coincidencia cronológica, ya que se debe dar una coincidencia cronológica entre el momento que el sujeto comienza a omitir y el origen y creación o aumento del peligro.

La creación o aumento del peligro no debe entenderse en clave naturalística, sino social o normativa. Así socialmente o jurídicamente las personas tienen encomendadas una serie de competencias dependiendo del rol que en el momento ocupan, por eso una madre tiene encomendada unas determinadas actividades respecto de su hijo, como son

el cuidado y alimentación, mientras lo realiza no existe peligro alguno para la vida del recién nacido; el peligro se crea en el momento que la madre deja de hacerlo.

La profesora de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza doña María del Carmen ALASTUEY [8] manifiesta que desde finales de los años sesenta, se consagra el término «*comisión por omisión*», si bien esta había sido utilizada con anterioridad de un modo esporádico en Sentencias del Tribunal Supremo como la de 30 de enero de 1945. También desde finales de los años sesenta y con mayor claridad en la década de los setenta, dicho Tribunal comienza a basar sus decisiones en todo lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, en la teoría de la posición de garante.

El Tribunal Supremo considera, con carácter general, que existe causalidad en la omisión. En los delitos de comisión por omisión imprudentes exige, casi sin excepción, relación de causalidad entre omisión y resultado.

En sentencias recientes, el Tribunal Supremo establece que una omisión es causal del resultado, cuando de haberse llevado a cabo la acción omitida, se hubiese impedido dicho resultado. Esta teoría, admitida también por un sector de la doctrina, no resulta satisfactoria como modo de afirmar la existencia de una causalidad en la omisión, aunque sí como criterio de imputación objetiva.

El Tribunal Supremo no ha examinado en sus sentencias los planteamientos doctrinales referentes al tema hasta finales de la década de los sesenta. Esto se explica fácilmente por el hecho de que también la doctrina española se ocupó tardíamente del análisis de la omisión. El Tribunal Supremo ha apreciado la comisión por omisión de delitos dolosos de un modo restrictivo; concretamente, solo en estos delitos: infanticidio, parricidio, homicidio, falsedades, estafa y auxilio al suicidio. Por contra, son muy numerosas las sentencias en las que considera que se ha cometido un delito culposo o imprudente en comisión por omisión.

La profesora citada recoge en su artículo que el Alto Tribunal se pronuncia en numerosas ocasiones en torno a la imprudencia con resultado de muerte de parientes.

El Tribunal Supremo, acepta la categoría de la autoría por imprudencia en varias sentencias, entre ellas:

[8] ALASTUEY, M.C., Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- Sentencia de 20 de noviembre de 1909. El Tribunal Supremo aprecia parricidio imprudente por omisión en la conducta de la madre que, una vez nacido su hijo, no da aviso a persona alguna para que le preste auxilio al niño y le deja sin abrigo y en completa desnudez. El niño contrajo una congestión cerebral y murió. Según el Tribunal Supremo, «... *es notoria la realidad de un delito por omisión*». La indiscutible negligencia con que la madre del recién nacido procedió al omitir los más elementales cuidados que este requería en los momentos subsiguientes del parto, son integrantes, por la falta de intención del agente, del delito de parricidio por imprudencia temeraria.
- Sentencia de 30 de diciembre de 1924. Una empleada de hogar da a luz un niño y no le presta, posteriormente, el auxilio debido. No le ata el cordón umbilical y el niño muere. El Tribunal Supremo condena a la procesada por parricidio imprudente. En la sentencia se exige, para fundamentar la responsabilidad penal de la procesada por los hechos enjuiciados, la concurrencia de estas dos circunstancias : a) que «el acto u omisión en este caso que causa el resultado, entre dentro de la previsión humana como ordinariamente susceptible de producir el mal efectivo ocasionado, y b) una relación causa-efecto que ligue ambos extremos.
- Sentencia de 9 de mayo de 1966. También en este caso se produjo la muerte de un niño recién nacido y el Tribunal Supremo condenó a la madre que no le ató el cordón umbilical por el delito de parricidio por imprudencia.
- Sentencia de 28 de junio de 1980. El Tribunal Supremo vuelve a castigar por imprudencia temeraria.En el relato de los hechos probados, se narra como una mujer va a dar a luz a un lugar solitario. Nace una niña que fallece posteriormente por falta de cuidados de reanimación y de ligadura de cordón umbilical. El Tribunal Supremo reconoce que la doctrina hubiera calificado el supuesto de homicidio culposo, «disintiendo de la Jurisprudencia».

V. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Alega, en el caso que analizamos, la defensa de Reyes, en su recurso, que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de su defendida. Menciona determinados dictámenes médicos que no pueden admitirse por no haberse planteado en

la apelación pero desde el punto de vista de la presunción de inocencia si se abre la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda dirimir dicha cuestión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 establece que "*el art. 9.3 de la Constitución proclama la proscripción de la arbitrariedad y el 24 recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que confluye en que el art. 120.3 exija la motivación de las sentencias y en que el art. 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*[9] *(LOTJ) establezca que el acta de votación deba contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. A lo que debe añadirse que el art. 70.2 LOTJ prescribe que, si el veredicto fuere de culpabilidad, la sentencia «concretará» la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia …*».

Hay que determinar si en el acta de votación se detallan los elementos de convencimiento tenidos en cuenta para emitir un veredicto.

Alega la defensa de Reyes que no puede afirmarse que el bebé falleciese por abandono de la madre pues dicha afirmación no viene avalada por informe alguno. Por ello alega error en la valoración de la prueba, cuestión no resuelta por los jurados.

El artículo 24 de la Constitución Española[10] establece el derecho a la presunción de inocencia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal [11] establece en su artículo 741 que " *el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por la ley"*

La presunción de inocencia tiene su origen inmediato, como afirma el profesor Jorge Carreras, en el principio general del derecho "in dubio pro reo". Subyace en este principio una clara voluntad de protección de los derechos fundamentales de la persona, en consonancia con la tesis defendida por Esteban ROMERO que se manifiesta "en la

[9] Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado
[10] Constitución Española de 29 de diciembre de 1978
[11] Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

recomendación dirigida al Juzgador, para que este, cuando tenga dudas racionales, efectuada la fase probatoria, sobre los hechos probados, falle a favor del reo".[12]

La presunción de inocencia es calificada por Guerra San Martín como " un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación, viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar".

La prueba pericial es el medio probatorio con el cual se obtiene dentro del proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científico-técnicos, útiles para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.

Desde el punto de vista de la ciencia médica se define el nacimiento como la expulsión o extracción del producto de la concepción, independiente de la duración del embarazo, que después de la separación del cuerpo de la madre, respire o de cualquier otra señal de vida, con palpitación del corazón, pulsación del cordón umbilical, movimiento efectivo de los músculos de contracción voluntaria, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical y si está o no desprendida la placenta.

En la determinación de los signos vitales del recién nacido es imprescindible comprobar si el niño ha respirado. Los informes médicos presentados en el caso analizado no precisan con claridad si el bebé hubiera sobrevivido aún recibiendo unos cuidados hospitalarios, pues las circunstancias en que se produjo el parto supusieron un grado de sufrimiento que impide esa determinación. Uno de los informes concluye que su supervivencia sería en todo caso muy breve.

Estas afirmaciones son suficientes para que no pueda determinarse si la conducta de la madre influyó en la muerte del bebé por lo tanto no son suficientes para condenarla por delito alguno y en contra de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía procede su absolución por haberse manifiestamente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de Reyes.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Penal sección 1 de 3 de febrero de 2004 que aborda un supuesto un tanto similar "*El Ministerio Fiscal atribuye a Erica el haber matado a su hijo recién nacido de un modo doloso, y alevoso, esto último en razón a la evidente imposibilidad de defensa del neonato y con la agravante*

[12] Tomás GIL MÁRQUEZ, Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

de parentesco. Ello condujo a que el Magistrado-Presidente, previa audiencia a las partes (art. 53 LOTJ), abriese en abanico el objeto del veredicto a las diversas situaciones jurídicas que pudieran estimarse de la calificación acusatoria en razón a las posibles circunstancias concurrentes, esto es, asesinato, homicidio con dolo eventual y homicidio por imprudencia.

Todas las referidas figuras jurídicas tipo participan de un mismo "núcleo de la acción", que por la sucinta, pero suficiente, motivación del veredicto fue captado con certero tino por el Jurado, como es el que matar es privar de vida a otro, lo que exige que esté absolutamente acreditado que en el momento de la acción la víctima estuviese viva, cualquiera que sea la relación de causalidad del agente, directa e intencional, de resultado probable y consentido o no querido, pero imputable a su negligencia activa o pasiva; es imprescindible que la "privación de vida" dimane de la participación de la voluntad del homicida.

Y en el caso presente el Jurado entiende que no probó el Fiscal, indiciariamente, pues es obvio que prueba directa no se practicó, que el neonato hubiese nacido vivo. Y para ello tuvo en cuenta las manifestaciones de la acusada, que en ningún momento reconoció que hubise dado muerte a su hijo, sino que comprobó que estaba muerto, y, como refirió el Dr. Arturo, especialista en obstetricia y ginecología, y profesor de la Escuela de Enfermería, una enfermera, como es la acusada, tiene conocimientos suficientes para conocer la "mecánica" del parto y los síntomas aparentes de muerte irreversible.

De otra parte, la abundante prueba médica y biológica practicada en el Juicio Oral, con profusos temas de planteamiento y muy precisas aportaciones científicas, no le aportó al Jurado ni un solo dato inequívoco de que el recién hubiera nacido vivo.

El deber de motivar el veredicto tiene unas específicas características que es necesario no descuidar percatados de que la valoración de la prueba se realiza por ciudadanos legos que lo emiten, y se comprenderá que el mandato del artículo 61.1 d) LOTJ, que "no obliga a realizar una detallada, completa y minuciosa descripción de todo el proceso valorativo realizado durante las deliberaciones del Jurado", sino que "se limita a exigir una exposición de los elementos de convicción tenidos en cuenta y una sucinta explicación de las motivaciones del veredicto", lo que se cumple "con la simple enumeración de las pruebas en base a las cuales se ha llegado a la convicción expresada en el veredicto, sin que sea preciso una concreta motivación de los porqués

se han alzaprimado unos elementos probatorios sobre otros", y se comprenderá, repetimos, que en el supuesto enjuiciado procede dar por satisfecho tal mandato: el Jurado (apartados a) y b) del acta al que se que refiere el artículo 61.1 LOTJ) encontró probados diez de los hechos integrantes del objeto del veredicto que le fue sometido (ocho por unanimidad y dos por mayoría de 8 a 1), y no probados trece (diez por unanimidad y tres por mayoría de 8 a 1), en cuya virtud (apartado c) del acta) y por unanimidad encontró a la acusada no culpable de un delito de asesinato ni de homicidio (de su hijo recién nacido tras cortarle el cordón umbilical), y según constata el apartado cuarto o d) del acta los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: para los hechos probados el testimonio de la acusada, las declaraciones de los testigos, las pruebas periciales forenses y psiquiátricas, porque de ellas se deduce que no se ha podido determinar si el niño nació vivo o muerto ni que la acusada tuviera intención de causarle la muerte. Para los hechos no probados las declaraciones de los peritos ginecológicos, forenses y psiquiátricos, por lo que no nos ha quedado probado que la acusada sufriese un trastorno de su personalidad grave que influyera en la comisión de los hechos…"

El Jurado, en nuestro supuesto, cuyo veredicto culpó a Reyes de homicidio imprudente, carecía de la enunciación de los elementos probatorios y de suficiente explicación de las razones en las que los jurados se apoyaron para adoptar su decisión, esencial de que el bebé estaba vivo en contra de lo establecido por la prueba pericial practicada. La rotundidad de la manifestación de algún dictamen pericial sobre la supervivencia del feto tiene que ser notoria para poder culpar a su madre de homicidio, pues en todo caso la privación de una vida ha de derivar de la participación de un homicida pero para ello ha de demostrarse que efectivamente haya una vida que se podía quitar.

VI. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SOLUCIÓN DADA POR LA SENTENCIA

En la Sentencia de la Audiencia de Málaga se absuelve a Reyes del delito de asesinato y se condena por el de homicidio imprudente regulado en el artículo 142[13] del Código Penal. Para que exista homicidio imprudente ha de probarse una relación de causa entre la conducta y el resultado producido. En los comportamientos omisivos,

[13] El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

como éste, habría que determinar si la conducta omitida habría evitado la lesión del bien jurídico, tal y como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/2009 de 27 de octubre[14].

Se trata de determinar si en el supuesto que nos ocupa existió o no un error en la conducta desarrollada por Reyes, quien manifiesta que su actitud se debió al convencimiento de que el bebé estaba muerto, pues había caído en el inodoro. Mantiene que ignoraba que se había iniciado el proceso de parto pues sólo hacía dos meses desde que tuvo conocimiento de estar embarazada y era la primera vez que se encontraba en esta situación.

Su defensa mantiene la existencia de error invencible de tipo.

Dado que existía la posibilidad de salir del error, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia considera su acción como error vencible, por eso la condena por homicidio. Si el error se considerase como invencible, quedaría excluida su responsabilidad penal.

Se atisba cómo se enlaza el error de tipo objetivo y subjetivo, no existe un error determinante por su estado psíquico, antes bien se trata un error vencible que deriva en imprudencia pero si se considerase subjetivamente vencible se podría apreciar la eximente incompleta del artículo 20.1 del Código Penal de trastorno mental transitorio[15].

Generalmente en casos similares la madre intenta explicar la muerte del neonato por su inexperiencia, el estado de extrema debilidad en que se encontraba, o un estado delirante, inconsciente. Es evidente que la expulsión inesperada, si es cierto que sólo hacía un par de meses que conocía su estado, puede producir la muerte del recién nacido por caída en cualquier lugar del lavabo o del lugar en que se halle la madre.

Tal y como dispone el Tribunal Supremo, si se probase efectivamente que Reyes sabía que el bebé estaba vivo no estaríamos ante un homicidio imprudente sino ante un asesinato. Pero no constando tal prueba, no concurre causa alguna de las enumeradas en

[14] La Sentencia del Tribunal Supremo 1089/2009 de 27 de octubre argumenta que "…Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal."

[15] Están exentos de responsabilidad criminal: El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

el artículo 139[16] del Código Penal para considerar el hecho como asesinato, ni siquiera alevosía, pues el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 2013 ó en Sentencia de 11 de julio de 2012 la aprecia cuando es evidente la intención del agresor de cometer el delito eliminando cualquier riesgo que pueda derivar de la defensa. De la prueba practicada no se ha demostrado la intención existente por parte de la madre de cometer el delito por lo tanto esa intención enervando la defensa de la víctima queda descartada.

Al analizar la figura del abandono de recién nacido no es oportuno establecer un paralelismo con el infanticidio para el que se necesita un acometimiento material, es decir, un hacer sobre ese bebé que ya con vida por un acto volitivo activo le es privada la misma.

El Tribunal Supremo considera el error vencible, no se ha probado que Reyes actuase negligentemente al encerrarse en el baño y no se ha determinado la viabilidad del feto. Pero lo que determina realmente desde el punto de vista jurídico la Sentencia absolutoria de 28 de abril de 2016 es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

* * * * * *

[16] Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:1.ª Con alevosía.2.ª Por precio, recompensa o promesa.3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

Amalia Fustero Bernad
Juez Sustituta, Teruel. Socia de la FICP.

~Las agresiones a perros policía y su calificación penal~

I. EL PERRO POLICÍA Y SU GUÍA

Son cada vez más las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que utilizan perros en el desempeño diario de su trabajo. Son los denominados perros policía o K 9, entrenados para colaborar con los agentes desarrollando funciones que van desde la detención de explosivos, detección de drogas, defensa y ataque, rescate y salvamento, detección de acelerantes del fuego, búsqueda y localización de restos humanos, detección de billetes de curso legal o localización de personas ocultas.

La raza más conocida de perro policía es el pastor alemán pero existen otras muchas razas igualmente eficaces, más aun, existen determinadas razas específicas para desempeñar funciones policiales concretas como: pastor belga malinois, labrador retriever, cocker spaniel, rottweilwe, schnauzer, doberman o pastor holandés entre otros, sin olvidar los perros mestizos, pues aunque no tengan una pureza en la raza son aptos para la función policial todos aquellos que demuestran una aptitud y actitud adecuada.

Pues bien, el perro policía para que desarrolle su actividad de la forma más eficiente posible debe ir acompañado de un agente, al que se le denomina guía canino, normalmente a cada can se le asignará un único guía canino para su vida policial, aunque se dan casos en determinadas plantillas policiales en los que a los guías se les asigna un perro u otro indistintamente, no teniendo que ser siempre la misma pareja de guía y perro.

II. LAS AGRESIONES A PERROS POLICÍAS EN EL ANTIGUO CÓDIGO PENAL

La doctrina jurídica poco se ha pronunciado respecto al trabajo de los perros policía, pero menos aun ha sido la promulgación de un cuerpo legal o el establecimiento de una jurisprudencia proclive a su defensa con el consiguiente castigo penal a aquella persona que agrediese, estorbase o impidiese la realización del trabajo de guía y perro.

Así, en nuestro anterior Código Penal de 1995 las agresiones a perros policía podrían encontrarse reguladas como conducta delictiva en el artículo 337: *"El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o*

amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales." , y a su vez tipificada como falta del Título III en el artículo 632: *"Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días."*.

En ambos articulados debía acreditarse un maltrato explícito hacia el perro para que tuviera lugar una condena expresa, hecho que no sucedió a lo largo de los veinte años de aplicación del Código en lo que respecta a perros policía, pues su práctica se concretó para casos de animales de compañía o domésticos pero no para los canes con disposición para el trabajo policial, porque la acreditación de un maltrato físico es algo muy subjetivo muy difícilmente interpretable por el juzgador, pues para su concreción quizás se espera que exista una gran cantidad de sangre acompañada al hecho delictivo o una famélica vista del animal, circunstancias que difícilmente se puede dar con la actuación de un perro policía máxime cuando va acompañado del guía que evitará en todo momento esa conducta delictiva y deleznable. Pero, aunque el guía repudie y evite la agresión, ¿debe quedar impune?

Durante los veinte años de aplicación del anterior Código Penal el hecho de causarle un daño físico a un perro policía ha quedado relegado a una acción gratuita o nimia del causante. Y todo ello surge como consecuencia de la poca valoración que se da al trabajo de K-9 y de sus quías, muchas veces producto del desconocimiento de la valiosa intervención que el tándem guía canino- perro policía tiene en situaciones como la aprehensión de sustancias estupefacientes, explosivas, de billetes de curso legal o incluso la defensa ante un ataque- agresión inminente, donde sin su presencia quedarían impune numerosas conductas delictivas.

La hemos calificado de gratuita porque existen resoluciones judiciales donde la exposición de hechos ni siquiera refleja la acción de agresión hacia el perro policía concluyendo con la máxima impunidad de la acción realizada[1].

La calificamos como nimia porque cuando ha existido una condena por lesión a un cánido ha sido porque el Juzgador consideró que para que la acción no quedara

[1] SAP Madrid 14 de julio de 2009.

impune, debía de aplicarse el artículo 634 del Código Penal, considerando la agresión a un perro policía en el desempeño de sus funciones como un mero acto de desobediencia leve al agente y a la vez guía canino actuante. La consideración de leve fue porque la agresión no se produce sobre el propio agente de la autoridad- guía sino sobre uno de los medios utilizados por el mismo (el perro) y con la finalidad de impedir la actuación policial[2].

III. LAS AGRESIONES A PERROS POLICÍAS EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL DE 2015

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se deroga la tipificación de las faltas por lo que no aparece ya el artículo 634. Si continua la calificación delictiva del artículo 337, aunque se modifica su articulado quedando redactado del siguiente modo: *"1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a: a) un animal doméstico o amansado, b) un animal de los que habitualmente están domesticados, c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o d) cualquier animal que no viva en estado salvaje. 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal. b) Hubiera mediado ensañamiento. c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad. 3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. 4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a*

[2] SAP Burgos 9 de julio de 2012. Auto del juzgado de guardia de Valencia de fecha 8 de mayo de 2013 en el que se determina la puesta en libertad provisional con cargos por un delito de desobediencia a agente de la Autoridad y falta por maltrato animal por agresión a un perro de la Unidad Canina de Valencia.

cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales."

En esta nueva redacción se castiga por tanto el maltrato animal injustificado con resultado de lesión grave para la salud del animal o como objetivo de explotación sexual.

Además de esa nueva regulación a la agresión al animal existe un nuevo artículo el 337 bis: *"El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales."* En este nuevo artículo aprecia como delito también el abandono que entrañe riesgo para la salud e integridad del animal.

La motivación que mueve al legislador para modificar el Código se expone en el propio preámbulo de la Ley al valorar la necesidad de reforzar la protección de los animales, estableciendo claramente el objeto del delito, incrementando la seguridad en la aplicación normativa del nuevo texto, con novedades en cuanto a las penas a imponer contemplando no solo la de prisión o multa sino también la especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y su tenencia.

Las conductas redactadas en el anterior Código como falta, las establece como un tipo atenuado del ahora descrito como delito. Así las cosas aunque se hayan encrudecido las penas a aplicar y se hayan detallado y enumerado una serie de casuística concreta con respecto al maltrato animal, el tipo delictivo todavía queda encuadrado del mismo modo que Código anterior: *el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud.* Para ser justos diremos que en el Código vigente amplia la explotación sexual. No obstante, observamos que el tipo en esencia es el mismo, por tanto, igual que en la anterior regulación quedará al arbitrio judicial la interpretación de lo que se entienda en cada caso particular por maltrato injustificado que menoscabe gravemente la salud del animal. A día de hoy desde la aplicación del nuevo Código todavía no ha existido una condena explícita por el delito de maltrato a un perro policía en el ejercicio de sus

funciones, por lo que parece que se mantiene la posición de la Doctrina con respecto al Código Penal anterior

Por tanto, si pocas eran las resoluciones en torno al maltrato animal a perros policía durante el antiguo Código Penal, nos encontramos que con la aplicación de la nueva regulación del articulo 337 el número de resoluciones son inexistentes, todo ello como consecuencia de que ahora la falta no está recogida y por consiguiente ha de darse un maltrato expreso, con lesiones donde la conducta del delincuente sea encuadrada como delito grave, menos grave o leve.

IV. PERSPECTIVA / ANALÍTICA ACTUAL DE LA AGRESIÓN A PERROS POLICÍAS

Una vez expuestos los tratamientos legales a las conductas agresivas hacia los perros policías podemos concluir que es el mismo que se le da a cualquier animal doméstico, es decir, debe de existir un maltrato explícito del can con resultado de lesiones que perjudiquen su salud.

Llegado este punto debemos exponer que la figura del perro policía debería contar cuanto menos de mayor protección que el resto de animales amansados o domésticos, todo ello porque en el ejercicio de sus funciones tienen una exposición mayor a una agresión o perturbación de su actividad, máxime cuando las intervenciones policiales guía-perro tienen lugar con personas excitadas, nerviosas o bajo la influencia de drogas que ven al perro como una amenaza que: detectará el porte de drogas, impedirá escaparse de la persecución policial o eluda la comisión de una agresión …

En España, los perros de los agentes de unidades caninas están considerados un apoyo de trabajo para la Policía, una herramienta, por lo que una agresión a estos animales puede llegar a considerarse una obstrucción al trabajo policial. Sin embargo, el perro no tiene el rango de agente, algo que sí ocurre en otros países en los que la agresión a estos animales es un delito contra agente de la Autoridad.

Por tanto, pujo porque se modifique y se dé más importancia a la función social y policial de estos canes, y por qué no, también considerarlo como un Agente de la Autoridad, pues para llevar a cabo su trabajo ha necesitado y necesita de una formación y el conocer la forma de actuar en determinadas actuaciones, como el propio guía canino.

Quizás debería haberse empezado con la nueva redacción del Código Penal en el artículo 337 tipificando de delito el que agrediese, estorbase o impidiese la realización del trabajo del guía y su perro. Así mismo, también administrativamente debería reflejarse y castigarse las conductas más leves, pero en todo caso no dejarlas impunes. Pues no debemos olvidar que en el desarrollo de su trabajo el tándem guía - perro necesitan de una máxima concentración por lo que su perturbación también debería ser sancionada, aunque no exista un maltrato hacia el animal, pues una conducta inoportuna puede frustrar la investigación policial no concluyendo con los resultados deseados, llegando a quedar impunes conductas delictivas graves.

* * * * * *

Victoria Gallego Martínez
Juez Sustituta adscrita al TSJ de Cataluña. Socia de la FICP

~ Responsabilidad civil derivada del delito - prescripción~

I. INTRODUCCIÓN RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y PRESCRIPCIÓN

La responsabilidad civil es junto con las penas y las medidas de seguridad, una de las consecuencias jurídicas del ilícito penal, cuyo contenido pasa por la obligación de reparar el daño causado, ya sea de forma específica o sustitutoria pero en todo caso una reparación integral.

Su declaración exige como presupuesto inexcusable un pronunciamiento condenatorio contra el acusado en el ámbito penal, esto es, la declaración de responsabilidad penal por un hecho ilícito concreto y ello supone la existencia de un acción típicamente antijurídica y culpable pues en caso contrario no sería posible pronunciamiento alguno al respecto dado que la competencia del juzgador penal para conocer de la acción civil derivada del delito le corresponde mientras tenga vida el proceso penal, no si éste se extingue. De ahí que se afirme su carácter subsidiario y dependiente de la acción penal en todo procedimiento criminal.

La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide asimismo precisamente por ese carácter subsidiario y dependiente que caracteriza a la acción civil ex delicto, resolver la reclamación civil en el proceso penal (véanse, por todas, STS 172/2005 de 14 de febrero).

Eses carácter subsidiario y dependiente parece obviado, en la actualidad a la vista de la despenalización de numerosas conductas constitutivas de falta con ocasión de la promulgación de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. El apartado 2 de la Disposición Transitoria cuarta, establece que la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifieste expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado con el visto del Ministerio Fiscal. Por tanto salvo dicho supuesto,

continuará la tramitación y el juez deberá limitar su fallo al pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello conforme al criterio establecido en la Sentencia nº 13/2016, de 25 de enero, de la Sección Primera, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que señala el alcance de la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal en las faltas que antes se perseguían de oficio y actualmente son consideradas delitos leves sometidos al régimen de denuncia previa. Así aclara que la falta de lesiones no ha sido despenalizada, pero queda sometida a una condición de perseguibilidad, la denuncia del agraviado (art. 147.4 CP), lo que determina la operatividad del apartado 2 de la Disposición Transitoria Cuarta. Entiende que en estos casos se "...*suprime toda posibilidad de conllevar en los procesos en tramitación condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente al mismo, pues de producirse la renuncia, el procedimiento se debe archivar"*. Sin que sea subsanable el requisito de perseguibilidad de denuncia previa por la ratificación en el plenario, por lo que en todo caso el pronunciamiento deberá ceñirse a la responsabilidad civil.

Dejando de lado la reforma citada con las consecuencias que resultan de las mismas, en el caso de que no se contenga pronunciamiento condenatorio en el ámbito penal ello no significa en modo alguno el cierre de la posibilidad del perjudicado de reclamar dicha responsabilidad sino que la posibilidad se le reconoce quedando la acción civil imprejuzgada en el ámbito penal pudiendo ser ejercida ante la jurisdicción civil contra quien estuviera obligado a la restitución de la cosas, la reparación del daño o la indemnización del perjuicio sufrido.

Y, como toda consecuencia del ilícito penal está sujeta al instituto de la prescripción cuya apreciación supondrá el reconocimiento de su extinción. Ahora bien, sobre dicha cuestión si bien las normas penales regulan la prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito, omiten sin embargo cualquier mención al plazo aplicable a su prescripción, lo que ha dado motivo a diferentes interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales. En cualquier caso y en relación con la prescripción de la acción de responsabilidad civil deben distinguirse diversas etapas: la prescripción de la acción civil, esto es para exigir la declaración de la responsabilidad

civil ex delicto y, la prescripción de la responsabilidad civil ya declarada una vez terminado el procedimiento penal.

En el presente caso trataremos de concretar en qué supuestos debe entenderse prescrita la acción civil derivada del delito, los plazos de prescripción aplicables y las causas de interrupción.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO Y SU PRESCRIPCIÓN

1. Ejercicio de la acción civil en el proceso penal

Disponen los artículos 109.1 y 116.1 del Código Penal que, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar en los términos previstos por las leyes los daños y perjuicios por él causados, de manera que toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente, si del mismo se derivan daños y perjuicios, devengándose por tanto las indemnizaciones correspondientes.

En el mismo sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 100 que de todo delito o falta puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

La acción civil derivada del delito puede ejercitarse dentro del proceso penal o en proceso independiente y posterior. Así la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue según quien ejercite dicha acción por el Ministerio Fiscal o por el ofendido /perjudicado.

Tratándose del Ministerio Fiscal, conforme al art. 108 LECrim, deberá entablarla juntamente con la penal, haya o no acusador particular, salvo claro está, que el ofendido /perjudicado renuncie expresamente a su derecho.

En el caso del ofendido / perjudicado, la Ley permite la opción de que se ejercite junto con la acción penal y por tanto en el mismo proceso penal o, separadamente en proceso independiente aunque para este supuesto determina que su ejercicio será posterior, exigiéndose que haya recaído sentencia firme en el proceso penal (artículo 111 LECrim).

2. Naturaleza de la acción civil derivada del delito

En cualquier caso, ejercitada dentro del proceso penal o de forma independiente, la acción de responsabilidad civil derivada del delito no pierde su naturaleza civil

rigiéndose por los principios que le son innatos: dispositivo, aportación de parte y rogación que implican que para otorgar una indemnización se exige, en primer lugar la petición de la misma bien por el perjudicado (art. 110 LECrim), bien por el Ministerio Fiscal en nombre de aquél (art. 108 LECrim), sin que pueda otorgarse más de lo pedido ni cosa distinta. Asimismo implica que la renuncia del ofendido, cualquiera que sea la naturaleza del delito del que proceda, extingue la acción civil no pudiendo ser ejercida en su nombre por el Ministerio Fiscal y hallándose sujeta dicha renuncia a iguales límites que los que rigen en el ordenamiento privado (perjuicio de terceros y orden público) así como la posibilidad de reserva para ejercitarla en un procedimiento civil.

Así el TS, Sala 2ª, en sentencia de 25 de enero de 1990, ya señalaba que "*es importante destacar, dados los términos de la denuncia analizada, que la acción civil ex delicto no pierde su especial naturaleza por el hecho de ser deducida en el proceso penal (vid. art. 117 del Código Penal) por lo cual la misma debe quedar sometida a los principios de rogación y de congruencia, lo cual implica la necesidad de determinar su cuantía y la exigencia de no condenar por mayor responsabilidad civil que la pedida (vid. Sentencia de 24 de marzo y 6 de abril de 1984)."*

Y respecto del carácter dispositivo, el art. 110, párrafo 2º LECrim dispone que "*aún cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de manera clara y terminante"* habiendo manifestado el TS en sentencia de 28 de enero de 1995, que "*la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud se hace dejación del mismo, ha de ser, además, de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos":*

Por otra parte, la declaración de dicha responsabilidad exige la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado siendo indemnizables únicamente aquéllos daños derivados del hecho ilícito. Así la STS 2ª de 27 de septiembre de 2012, recuerda que: "*Tiene declarado la Sala como es exponente la Sentencia 1094 /2005, de 26 de septiembre, que es doctrina general emanada de los artículos 109 y ss y 116 y ss del Código Penal, que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta ha*

de serlo también civilmente, en el sentido de que el delito es fuente de obligaciones civiles como acto ilícito, en cuanto que de él se derivan la existencia de daños y perjuicios originados a través de la relación causal entre la acción y el efecto, de tal modo que el delito no produce dicha responsabilidad civil cuando existe ruptura del nexo causal. Por ello la declaración contenida en el referido artículo 116 del Código Penal resulta excesivamente amplia al darse figuras delictivas en las que la comisión y consecuente responsabilidad del culpable no presupone necesariamente una pareja responsabilidad civil. Únicamente aquéllos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de un delito o falta. La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción y omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. No es cierto, por tanto, que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente otra civil. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente, producen un daño civil; es decir, cuando el hecho, además, de ser constitutivo de delito, por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente. En consecuencia, no todo daño y perjuicio puede ser asociado al delito, hay que probar que entre éste y aquéllos hay la correspondiente relación de causalidad".

Finalmente y por lo que atañe a la concreta cuantificación de los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, producidos por razón del delito es función soberana del juez de instancia (SSTS 29 mayo de 1974, 9 diciembre 1975 y 24 de diciembre de 1980 entre otras) quedando a su razonado arbitrio conforme dispone el art. 115 LECrim si bien deberá establecer en sus resoluciones "las bases en que fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones", pudiendo fijar la responsabilidad civil "en la propia resolución o en el momento de su ejecución".

III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN GENERAL

El hecho de que la acción civil derivada del ilícito penal se ejercite acumuladamente con la penal en el proceso penal no permite desnaturalizarla atribuyéndole un plazo de prescripción equivalente al de la infracción penal de la que se origina. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo que en sentencia de 10 de febrero de

1989 recuerda que "*la acción penal y la civil, aún siendo objeto normalmente de ejercicio conjunto, mantienen su respectiva identidad, reservándose a la potestatividad del perjudicado la facultad de provocar del órgano sentenciador penal el examen y resolución pertinente respecto de los supuestos daños y perjuicios experimentados. El ejercicio simultáneo de las acciones penal y civil ante el mismo órgano jurisdiccional penal viene a suponer una yuxtaposición de procesos en los que no sólo el objeto y causa se ofrecen claramente diferenciados, sino que, en ocasiones, hasta los sujetos activo y pasivos aparecen distintos. La acción penal y la civil.... no son confundibles, apareciendo ligadas por una relación de conexión, no por un nexo de prejudicialidad, viniendo atribuida al juez penal la competencia para el conocimiento y resolución de la acción civil de modo contingente"…*

Precisamente porque la acción para reclamar la responsabilidad civil no pierde la naturaleza civil que le es propia, la prescripción sigue las reglas que le corresponden y entre ellas resulta de suma importancia la no posibilidad de su apreciación de oficio por el tribunal, debiendo por tanto ser alegada por aquél a quien pudiera perjudicar so pena de incurrir en incongruencia para el caso de apreciarla sin haber sido invocada.

Y en cuanto al plazo de prescripción que le resulta aplicable, sin dejar de lado las reglas que la regulan en el ámbito civil, la jurisprudencia ha considerado con carácter reiterado, que la responsabilidad civil derivada del delito, al no existir precepto que fije un plazo especial, queda sometida al plazo de prescripción de establecido genéricamente de forma residual en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales, excepto en los supuestos de los delitos de calumnias e injurias en que resulta de aplicación un plazo especial más corto, de un año, en el artículo 1968.2º Código Civil.

Este es el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en distintas resoluciones. Así en sentencia de 30 de abril de 2007, establece: "*En esta línea, el Código Penal regula en sus arts. 109 y ss y arts. 100 y ss de la LECrim el ejercicio de estas acciones. En ninguna de estas normas se establece un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por lo que será de aplicación el genérico de las acciones personales, 15 años, del artículo 1964 CC por más que la puesta en marcha de la actividad judicial interrumpe la prescripción por implicar tal conducta el cese de la inactividad y la exteriorización por el titular del derecho a su deseo de hacerlo efectivo."* Iguales pronunciamientos se contienen en las sentencias de 31 de mayo de 2003, 18 de enero de 2000, 1 de abril de 1990, 10 de mayo de 1993, 21 de marzo de 1984 o 3 de marzo de

1988), Y, reforzando dicha postura el propio Tribunal Supremo excluye de forma expresa el plazo de un año previsto en el art. 1968.2 CP para la acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana del art. 1902 CC como puede comprobarse en las SSTS de 21 de diciembre de 1989, 20 septiembre de 1996 y 27 octubre de 2011 entre otras.

Ahora bien debe tenerse en consideración que el art. 1964 Código Civil venía estableciendo un plazo de prescripción de quince años. No obstante ello, ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil dándole nueva redacción la disposición final primera y estableciendo como plazo de prescripción el de cinco años. Esta modificación entró en vigor el 7 de octubre de 2015.

En cuanto a la prescripción de las acciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma, la disposición transitoria quinta de la citada Ley 42/2015, resuelve la cuestión estableciendo para tal supuesto que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial, nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor, se regirá por lo dispuesto en el art. 1939 Código Civil. Conforme a éste, la prescripción comenzada con anterioridad a la entrada en vigor de aquella reforma se regirá por la normativa anterior, pero si desde esa fecha transcurre todo el tiempo exigido para la prescripción surtirá efecto. Esta previsión constituye a juicio de ROCA AGAPITO, L[1]. la aplicación retroactiva de la modificación sin que haya motivo justificado para hacerlo, siendo cuestionable su constitucionalidad por atentar contra el principio de seguridad jurídica demostrando una "gran ignorancia y temeridad por parte de quienes elaboraron el Proyecto de Ley y de quienes lo aprobaron" y merece una "valoración crítica por la repercusión que puede tener en el terreno de la responsabilidad ex delicto. La disminución de 15 a 5 años del plazo de prescripción de la responsabilidad puede generar flagrantes injusticias y además... puede suponer un verdadero estímulo para la comisión de cierto tipo de delitos, en particular, los relacionados con la corrupción y la delincuencia económica".

Aplicado lo anterior a la práctica y en supuesto harto frecuente en nuestros tribunales, tratándose de delito de abandono de familia en su modalidad de impago de

[1] ROCA AGAPITO, L, La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, Diario La Ley, Nº 8675, Sección Doctrina, 5 de enero de 2016, Ref. D-6.

pensiones establecido por resolución judicial (art. 227 CP), configurado como delito permanente y por tanto en el que la conducta típica se prolonga en el tiempo, era frecuente la alegación por parte de la defensa de la prescripción de la responsabilidad civil por aplicación del plazo prescriptivo establecido en el art. 1966.1º CC[2] de cinco años, respecto a las devengadas e impagadas con anterioridad frente al plazo superior de quince años que venía establecido en el art. 1964 del mismo texto legal. Dicha pretensión en modo alguno podía prosperar por cuanto obvia que nos encontramos ante una responsabilidad civil derivada de delito cuyo plazo de prescripción era el de quince años establecido en el art. 1964 CC (actualmente cinco) y así lo venía reconociendo de forma casi las distintas Audiencias Provinciales[3], sin bien existen pronunciamientos que continúan aplicando el plazo prescriptivo de cinco años.[4] Conforme al nuevo plazo de prescripción establecido en el art. 1964 CC, en cinco años, coincidente con el previsto para las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones de pagar pensiones alimenticias la anterior problemática ya no se producirán al coincidir ambos plazos prescriptivos. No obstante lo anterior y dada la eficacia retroactiva del plazo prescriptivo de cinco años, si hubieran transcurrido 12 años para su reclamación en aplicación del plazo dejado sin efecto de 15 años, desde la entrada en vigor de la reforma restaría al perjudicado 3 años antes de prescribir. Y, si hubiera transcurrido 3 años para su reclamación, prescribiría a los 5 años contados desde la entrada en vigor.[5]

---

[2]Art. 1966 Código Civil. "Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes; 1ª - la de pagar pensiones alimenticias".

[3] Así la Sentencia AP Asturias de 12 de mayo de 2014, señala que; " en cuanto se refiere a la prescripción, en lo relativo al día a partir del cual deba empezar a computarse la deuda, no se comparte la argumentación del recurrente sobre la aplicación del plazo prescriptivo establecido en el artículo 1966.1º del Código Civil previsto para el ejercicio de acciones para exigir el pago de pensiones alimenticias, pues no debe olvidar el apelante que aquí se trata de la responsabilidad contemplada en el artículo 227.3 del Código Penal y, por tanto una responsabilidad civil ex delicto, cuyo plazo de prescripción sería, en su caso, el genérico de quince años, previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 1989 y de 19 de octubre de 1990)"

[4] Así la SAP de Valencia, sección 4, de 19 de noviembre de 2015 (ROJ; SAP V 4448/2015, ECLI;ES; APV;2015;4448, sentencia 763/2015, recurso 336/2015, Ponente; José Manuel Megia Carmona que establece : "...efectivamente interpuesta denuncia el día 7 de enero de 2010 no pueden reclamarse pensiones, más allá de cinco años, en los que establece el artículo 1966 del C.Civil como plazo de prescripción de las acciones civiles para reclamar las pensiones de alimentos. Se establece en el número 3º del artículo 227 que la reparación del daño comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas. Este vocablo "adeudadas" remite al concepto de deuda y responsabilidad, así como a la teoría general de las obligaciones y su extinción, que como es sabido, se extinguen por prescripción. La que aquí se reclama, de manera conjunta con la acción penal, no deja de ser una acción civil regida por normas civiles, entre ellas la referida a los plazos de prescripción de las acciones, por lo que no puede dejar de declararse que todo lo que hay cinco años atrás de la fecha de la denuncia no puede reclamarse al estar fatalmente prescrito, porque ya no está adeudado por extinguido el crédito y la deuda..."

[5] JUAN GÓMEZ, M., La Ley, núm. 8644 de 12 noviembre 2015.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL TRAS LA FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL SIN PRONUNCIAMIENTO CONDENATORIO

Iniciado el proceso penal ejercitando conjuntamente en el mismo la acción civil derivada del delito, puede ocurrir que finalice sin pronunciamiento en torno a la responsabilidad civil. Ello puede ocurrir bien porque el perjudicado ha hecho uso de la facultad legalmente reconocida de reservarse su ejercicio, bien porque existe sentencia absolutoria aplicando una de las eximentes del art. 20 Código Penal -pues recordemos que en tales supuestos subsiste la responsabilidad civil conforme establece el art. 118 CP-, o porque declara la extinción de la responsabilidad criminal del acusado por prescripción del delito o por fallecimiento ex art. 130 CP. También cabe que el proceso penal finalice sin sentencia ni pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil pero con declaración de hechos punibles como ocurriría en caso de sobreseimiento por fallecimiento del responsable, por incapacidad sobrevenida (art. 383 LECrim) o por rebeldía (art. 843 LECrim). Sin embargo en todos los anteriores supuestos si bien queda imprejuzgada la cuestión relativa a la responsabilidad civil se reconoce al perjudicado la posibilidad de acudir a la vía civil a fin de, mediante la oportuna acción, interesar se declare la responsabilidad civil derivada del delito. Así se reconoce expresamente en el art. 116 LECrim cuando establece que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, "*a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer*".

En tales casos, el plazo de prescripción continuará siendo el de 5 años (15 años con anterioridad a la reforma operada en el art. 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre) a que se ha hecho referencia anteriormente, y no el de un año previsto en el art. 1968.2º del Código Civil para las acciones de responsabilidad extracontractual puesto que la responsabilidad cuya declaración se interesa deriva de un hecho declarado como delito.

Así resulta de la doctrina mayoritaria[6] y la jurisprudencia penal y civil. En orden a la jurisprudencia penal, el Tribunal Supremo en Sentencia 257/2003, de 18 de febrero

[6] Entre la doctrina civilista, LACRUZ BERDEJO y otros; Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Tomo II (contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelitos), Ed. Dykinson, Madrid 4ª ed., 2009, p. 496. Entre los penalistas, ROIG TORRES, M, La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, 1ª ed., Tirant lo Blanch, junio 2010, p. 71. Entre los procesalistas, GÓMEZ ORBANEJA, E.; La acción civil del delito, Revista de Derecho Privado, marzo 1949, p. 192.

Roj; STS 1064/2003- ECLI:ES:TS:2003;1064 expresamente señala: "*como se dice en la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 7 de diciembre de 1989, con cita de las sentencias de 7 de octubre de 1983 y 21 de marzo de 1984, cuando el hecho originario de la posible responsabilidad civil ha dado lugar a un proceso penal, a la acción nacida ex delicto no le es aplicable el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2 del artículo 1968 del Código Civil para las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, sino el de quince años que para la prescripción de las acciones personales que no tengan fijado plazo especial de prescripción señala el artículo 1964 del referido Código. Ya que conforme al artículo 1092 del Código Civil las obligaciones civiles que nacen de los delitos y faltas se rigen por las disposiciones del Código Penal"*. Y, en el orden civil así lo declara de forma repetida así, la Sentencia de 21 de marzo de 1984[7] que fija el plazo de prescripción aplicable a la acción civil derivada del delito igualmente en quince años y no el más corto de un año establecido en el art. 1968.2º CC respecto del cual afirma: "...f*ija una prescripción corta o extraordinaria, que solo afecta a las específicas acciones que la propia norma contempla, entre las que no está la nacida del delito, sometida, al plazo prescriptorio de quince años que, como supuesto general de prescripción de las acciones personales sin plazo especial prescriptorio, señala el artículo 1964 del propio Código "*. Más recientemente la STS de 27 de octubre de 2011, que alude al diferente plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de un delito, que es de cinco años por aplicación del artículo 1964 CC (quince conforme a la redacción anterior a la Ley 42/2015).

Y en la STS 1ª de STS, 1ª, 10.5.1993[8] señala que: "*Se sostiene que el plazo de prescripción aplicable a las acciones de reclamación de indemnización por culpa derivada de delito es la de 15 años del art. 1964 del Código Civil, motivo éste que deberá ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina reiteradamente sentada por esta Sala la de que emanando la acción ejercitada del sobreseimiento de causa penal por indulto anticipado, o sea, sin haber llegado al trámite de sentencia, con reserva al perjudicado de la correspondiente acción civil, ésta tiene su base causal en el art. 1089 del Código Civil, sin afectarle el plazo de 1 año establecido en el art. 1968.2 del mismo Cuerpo Legal, por contraerse dicho precepto a*

[7] STS, Sala 1ª, de 21 de marzo de 1984, Roj: STS 25/1984- ECLI:ES;ts:1984:35, Ponente: Rafael Casares Córdoba.

[8] STS, Sala 1ª, 10 mayo 1993, ECLI: ES : TS; 1993; 17503; ROJ : STS; 17503/1993, Ponente: José Luís Alabcar López.

meras obligaciones derivadas de culpa o negligencia, ya que como tiene declarado esta Sala en STS 21.3.1984, el segundo precepto sólo afecta a las acciones que contempla entre las que no está la nacida ex delicto, sometida al plazo prescriptivo de 15 años que, como supuesto de acción general de prescripción de las acciones personales sin plazo especial de prescripción, señala el art. 1964 (STS 3.3.1988), tesis ésta confirmada por la de 1.4.1990. Segunda: Que es igualmente doctrina jurisprudencial que el indulto no comprende ni puede comprender la sanción reparadora en favor del ofendido, porque su contenido no afecta a la indemnización civil patrimonial para resarcir los daños y perjuicios originados por el delito, que tiende directamente a conceder derechos familiares de peculiar naturaleza que se acercan más a los públicos que a los privados (STS 15.3.1983), sin que deba perjudicar a la víctima una aplicación técnica rigorista de la prescripción, que, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo formado en torno a la aplicación de las prescripciones cortas (STS 6.5.1985), y que respecto a la prescripción de la acción para reclamar una responsabilidad civil derivada de delito o falta, en el supuesto de producirse un indulto con relación a éstos, dado el alcance "ope legis" de éstos, es claro que a la vista del art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se produce la extinción de la responsabilidad civil, aunque la responsabilidad penal de que trae causa sí se haya extinguido, lo que es consustancial con su distinta naturaleza aunque proceda de un mismo hecho cometido (STS 1.4.1990). Tercera: Que por lo que se refiere al supuesto contemplado en el presente recurso, habida cuenta que los hechos que originaron la acción ejercitada en la demanda iniciadora de la litis dieron lugar a la iniciación de un proceso penal, en que recayó procesamiento contra uno de los hoy demandados por el delito de imprudencia, procedimiento que finalizó por auto de sobreseimiento por aplicación anticipada del indulto de 1975, en el que se reservaba a los perjudicados de manera expresa la acción para la exigencia de la posible responsabilidad civil derivada del delito, obvio es que el ejercicio de la misma había de basarse en lo dispuesto por el art. 1089 del Código Civil, como acción que es por responsabilidad civil derivada de delito o falta, acción sometida al plazo de prescripción de 15 años del art. 1964 del indicado Cuerpo Legal, por lo que la resolución recurrida, en cuanto le aplica un plazo de prescripción diferente, a saber, el de 1 año que marca el ap. 2 del art. 1968, infringió la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, por lo que procede la estimación del motivo que la denuncia y consiguiente casación de aquélla".

Fuera de los casos señalados, si el procedimiento penal finaliza con sentencia absolutoria o con auto de sobreseimiento, libre o provisional sin pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil y con declaración de hechos no punibles, ya no nos hallamos ante una responsabilidad civil derivada de delito pues los hechos no se corresponden con ningún tipo penal y el plazo de prescripción aplicable sería el general establecido en el art. 1968.2 Código Civil , de un año para la responsabilidad extractontractual. Así resulta de las SSTS 1ª, de 6 de marzo de 2008 (RJ 2938) y 12 de abril de 1999 (RJ 2608); en el caso de accidentes laborales la STS 1ª de 5 de enero de 2008 (RJ 1548) aplica el mismo plazo de un año.

V. INTERRUPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

La prescripción de la acción civil derivada del delito, quedará interrumpida entre otras causas y, conforme establece el art. 1973 del Código Civil, por su ejercicio ante los tribunales siendo el efecto de dicha interrupción que el derecho no se extinga y comience de nuevo a contar el plazo previsto para su ejercicio. Así es doctrina jurisprudencial (SSTS de 7 de diciembre de 2000 y 30 de septiembre de 1993) la que determina que se interrumpirá cuando se sigan diligencias penales en averiguación de los hechos, incluso aunque se dirijan contra personas indeterminadas o distintas de aquélla contra la que ahora se ejercita la acción civil y ello porque el efecto interruptivo de la prescripción viene establecido en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tiene su fundamento en los hechos enjuiciados y no en el elemento personal. En consecuencia, la tramitación de la causa penal paraliza el ejercicio de la acción civil incluso en el supuesto de reserva de ésta, de modo que el cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil volverá a iniciarse una vez finalizada la causa penal. Y por el mismo motivo, iniciado procedimiento penal contra una persona determinada si con posterioridad, una vez transcurrido el plazo de prescripción establecido, de 15 años según el art. 1964 CC en su anterior redacción, o 5 en la actual, se formula acusación como responsable civil, directo o subsidiario, frente a una tercera persona que no ha tenido intervención con anterioridad en el proceso, no puede apreciarse la prescripción de la acción por cuanto se ha interrumpido por la tramitación de la causa. Ello resulta de importancia en especial en aquéllos supuestos de imprudencias causadas con vehículos de motor o accidentes laborales, cuando tras una larga instrucción se determina que la aseguradora (responsable civil directo) o el

propietario (responsable civil subsidiario), quienes no han sido llamados hasta dicho momento, deben responder civilmente por los hechos cometidos por un tercero.

Este plazo de prescripción, tras la interrupción por la causa penal, se computará no desde la fecha de la sentencia absolutoria o auto de archivo, sino desde que dichas resoluciones son firmes tras haber sido debidamente notificadas al perjudicado, esté o no personado en actuaciones, pues es precisamente a partir de ese momento cuando el perjudicado pudo ejercitar la acción.

Así resulta de la jurisprudencia. Entre otras el TS, Sala 1ª, en sentencia 6/2015, de 13 de enero (recurso 3118/2012), recuerda que: "*como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1.969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 5 julio de 2007, RC nº 2167/2000; 3 de mayo de 2007, RC nº 3667/2000; 6 de mayo de 2008, RC nº 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC nº 1129/2005, y 24 de mayo de 2010, RC nº 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC nº 595/2001; 3 de mayo de 2007, RC nº 3667/2000; 1 de octubre de 2009, RC nº 1176/2005, 24 de mayo de 2010, RC nº 644/2006)"... "Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o la resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones".*

En el mismo sentido la Sentencia TS 13/2014, de 21 de enero (rec. 30/2010) dice; "*Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 196/1988, 220/1993, 89/1999, 298/2000, 124/2004 y 12/2005, entre otras) como la jurisprudencia de esta Sala, con base en los artículos 111, 112 y 114 LECrim, 1929 CC y 270 LOPJ, vienen declarando que cuando se hayan seguido actuaciones penales por los mismos hechos el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal. Más concretamente, en relación con las actuaciones penales en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, mantienen la misma doctrina las sentencias de esta sala de 19 de julio de 2007 (recurso nº 2715/00), 11 de octubre de 2007 (recurso nº 4203/00), 25 de junio de 2008 (recurso nº 3987/01) y 15 de diciembre de 2010 (recurso nº 1118/07).*

Por tanto la interrupción de la prescripción por el ejercicio de las acciones penales aprovechará a todos los perjudicados, incluso aquéllos que no se hubieran mostrado parte en la causa penal, salvo claro está que hubieran renunciado expresamente y a presencia judicial, a la acción civil. De esta forma, si el órgano jurisdiccional no notifica el archivo del proceso penal al perjudicado, no le da ocasión de conocer tal circunstancia, por lo que respecto del mismo no comienza a correr el plazo para ejercitar la acción civil derivada del delito. Lo contrario afectaría negativamente a la efectividad del derecho constitucional del perjudicado de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 4).

Tal consecuencia, deriva del reiterado art. 114 LECrim que impide que promovido juicio criminal se siga pleito sobre el mismo, disposición que no atiende ni al resultado del proceso penal, ni a las personas que ejercitan la acción penal, no limitando por tanto la suspensión de las reclamaciones indemnizatorias a las que puede ejercitar la acusación personada en el proceso penal, sino que se extiende a todas las reclamaciones indemnizatorias que tengan su base en el hecho supuestamente criminal pues todos los afectados por el hecho punible, estén o no sujetos al proceso penal, se hallan vinculados a lo ordenado en el citado art. 114 LECrim. Respecto del perjudicado no personado, como se ha indicado anteriormente, dicha falta de actividad no presupone su renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle, debiendo ser el Ministerio Fiscal quien reclame en su nombre, no existiendo obligación en nuestro

ordenamiento procesal penal de personarse en la causa ejercitando la acción civil en el proceso penal y exigiendo el art. 270 LOPJ la notificación de las resoluciones judiciales a los que sean parte del pleito o causa y a quienes se refieran o puedan parar perjuicios.

Por tanto, solo en el supuesto de que entre la fecha del hecho punible y el inicio del proceso penal hubiera transcurrido el plazo de prescripción de las acciones civiles, sin que exista interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial del acreedor, deberá entenderse extinguido su derecho subjetivo al resarcimiento del daño que pudiere corresponderle como consecuencia de aquél.

VI. PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DECLARADA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Declarada la responsabilidad civil en sentencia penal condenatoria firme, la cuestión estriba en determinar si la posibilidad de hacerla efectiva se extingue por el transcurso del tiempo y en su caso, si en este supuesto resulta de aplicación el instituto de la prescripción del derecho subjetivo reconocido en el título ejecutivo y/o en su caso, la caducidad de la acción ejecutiva.

En este extremo conviene poner de relieve las diferencias existentes entre el proceso penal y el civil. Así, si la responsabilidad civil derivada del delito se ha declarado en sentencia civil firme, tras el procedimiento declarativo correspondiente, para hacerla efectiva necesariamente deberá acudirse al proceso de ejecución forzosa, presentando la correspondiente demanda con base a la sentencia condenatoria como título. Dicha presentación queda sujeta inexorablemente al plazo de caducidad de cinco años establecido en el art. 518 de la LEC[9] para la acción ejecutiva fundada en sentencia, y como tal, no es susceptible de interrupción siendo apreciable de oficio (ATS de 11 de noviembre de 2011). Presentada dentro del plazo de cinco años e iniciado el proceso para hacerla efectiva, queda excluida la caducidad en la ejecución forzosa cuyas actuaciones deberán proseguir inexorablemente hasta obtener el total cumplimiento de lo juzgado y ello, aunque las actuaciones hayan quedado sin curso durante aquél plazo. Así resulta del art. 239 LEC que supone una excepción al régimen general previsto para el procedimiento en la instancia y en los recursos que sí admite la

[9] Art. 518 Ley de Enjuiciamiento civil.- Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

caducidad teniendo por abandonada la instancia si pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal en el plazo de dos años.

Por el contrario, si la responsabilidad civil derivada del delito ha sido declarada en sentencia condenatoria firme recaída en el proceso penal junto con la penal, para su efectividad, si bien resultan de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dan determinadas particularidades importantes en relación al tema que nos ocupan. La principal es que en el proceso penal dictada la correspondiente sentencia y siendo firme no resulta preciso presentar la correspondiente demanda para su ejecución sino que ésta se lleva a cabo de oficio por el Juez o Tribunal sentenciador. No nos hallamos por tanto, ante un procedimiento civil cuyo impulso deba ser instado por la parte a quien interesa obtener determinado pronunciamiento sino ante la ejecución de un pronunciamiento civil contenido en el seno de una sentencia penal y las normas procesales penales establecen la actuación de oficio del juez en cumplimiento de todos los pronunciamientos contenidos en la sentencia, sin distinguir entre los penales y los civiles. Así resulta del art. 984[10] LECrim. Precisamente por la no necesidad de solicitar la ejecución, no cabe hablar de caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial sino que debe ser promovida de oficio siguiendo su tramitación, se haya determinado la deuda o deba procederse a su liquidación, las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil al respecto, según resulta de los arts. 989 y 974.2 LECrim.

Asimismo tampoco podemos entender que opere en este supuesto de sentencia penal con pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil el instituto de la prescripción. Ello frente a las opiniones doctrinales[11] en contra y frente a determinadas resoluciones de la jurisprudencia menor[12] que preconizan la aplicación, también en ejecutoria penal, del plazo de prescripción establecido en el art. 1964 CC.

---

[10] Art. 984, párrafo 3º LECrim. "Para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien será en todo caso promovida de oficio por el Juez que la dictó"

[11] ROCA DE AGAPITO, L, Diario La Ley, nº 8675, Sección Doctrina, 5 de enero de 2016, Ref. D-6, cuando señala que "*En el proceso penal, por tanto, al no tener que solicitar la ejecución de la sentencia, no cabe hablar de caducidad de la misma, pero sí que se puede entender que prescribiría la responsabilidad civil por el transcurso del tiempo desde que se paralizó su ejecución, por ejemplo, porque se haya dictado por el Letrado de la Administración de Justicia decreto de insolvencia o el órgano judicial encargado de la ejecutoria haya dictado auto de archivo provisional.*" RUIZ BOSCH, S, La responsabilidad civil derivada de los delitos, Ed. Líneas de Distribución Logística del papel, 2015.

[12] AP Madrid, Secc. 17, 38/2014, de 3 de marzo de 2014, 1398/2012 de octubre; AP Zamora, Secc. 1, 72/2003, de 16 de julio.

En tal sentido JIMENEZ PARIS, J.M.[13], señala que "*establecida en sentencia firme la responsabilidad civil ex delicto, ésta no prescribe ya, surgiendo la obligación judicial de llevar a cabo toda la actividad ejecutiva necesaria hasta dar plena satisfacción al acreedor, sin límite temporal alguno una vez iniciada la ejecución*" y ello en base a la obligación de ejecutar las sentencias en sus propios términos tal y como resulta de lo dispuesto en los arts. 118 CE, 17 y 18 LOPJ.

La imprescriptibilidad de la responsabilidad civil resulta de varios razonamientos. Así no podemos olvidar que nos hallamos ante una responsabilidad civil ya declarada, un derecho subjetivo reconocido y no de la acción previa a su declaración teniendo el órgano sentenciador, como hemos anticipado, obligación de realizar la actividad necesaria para su completa efectividad, no resultándole de aplicación los plazos establecidos en el art. 1964 CC referido a la acción para obtener aquél derecho y no respecto al derecho mismo.

Por otra parte, resulta predicable aquélla imprescriptibilidad del art. 239 LEC que establece la prosecución de las actuaciones hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso las actuaciones durante los plazos previstos, quedando obligado el condenado a responder de tal responsabilidad con sus bienes presentes y futuros, tal y como resulta de la responsabilidad patrimonial universal proclamada en el art. 1911 Código Civil.

Por el mismo motivo, rigiéndose la ejecución forzosa en materia de responsabilidad civil derivada del delito por las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede desconocerse que la misma contiene una distinta normativa según se trate de la ejecución de títulos judiciales o no judiciales. Respecto de los primeros el art. 556 LEC contiene como motivos de oposición por razones de fondo, el pago o cumplimiento de lo ordenado en sentencia que deberá justificarse documentalmente, la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacción es que se hubieran convenido, siempre que los mismos consten en documento público. Por su parte, cuanto el título ejecutivo sea el auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización dictado en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad civil derivada del uso y

[13] JIMÉNEZ PARÍS, J.M, Solución interpretativa a la posible prescripción de la responsabilidad civil (artículo 1964 CC) declarada en sentencia firme por la comisión de un delito, Diario La Ley, nº 8693, Sección Tribuna, 2 de febrero 2016, ref. D-49.

circulación de vehículos de motor, el mismo precepto prevé que podrán oponerse las causas de oposición referidas y las siguientes: la culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo y, concurrencia de culpas.

No se contempla por tanto, en el ordenamiento jurídico civil, para la ejecución de títulos judiciales, como causa de oposición la prescripción del derecho debiendo considerarse que el elenco de causas de oposición contemplado constituye numerus clausus y por tanto son tasadas. Así resulta de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil apartado XVII en la se indica que establece una regulación de la ejecución forzosa unitaria aunque con particularidades según el título ejecutivo si bien "*la oposición se sustancia dentro del mismo proceso de ejecución y sólo puede fundamentarse en motivos tasados, que son diferentes según el título sea judicial o no judicial... Con estas normas, la ley establece un sistema equilibrado que, por una parte, permite una eficaz tutela del derecho del acreedor ejecutante, mediante una relación limitada y tasada de causas de oposición y suspensión, que no desvirtúa la eficacia del título ejecutivo, y que, por otro lado, no priva al deudor ejecutado de medios de defensa frente a los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución*".

Y dicha regulación rige tanto para la ejecución forzosa de título judicial dictado en procedimiento civil como penal, según hemos expuesto.

Así respecto de imprescriptibilidad de la responsabilidad civil ex delicto declarada por sentencia firme, la AP, de las Palmas, Secc. 6ª en Auto de 22 de noviembre de 2011[14], establece que "...*en el caso de autos, no podemos hablar de prescripción de la acción de exigir responsabilidad civil, pues ésta ya se ejercitó junto con la acción penal, y que se obtuvo por el hoy apelante es un derecho de crédito, reconocido en sentencia firme, cual es el derecho a percibir veinte millones de pesetas. Es decir, no ha de volver a ejercitar una acción civil para exigir el pago de esa cantidad, pues ya se exigió y se le reconoció un derecho de crédito. Como consta, y así reconoce el juez ad quo, se instó el embargo de unos bienes que dio lugar a la declaración posterior de insolvencia, esto es, se ha dado inicio a la ejecución de esta responsabilidad civil declarada en sentencia, razón por la que esa ejecución ya no puede prescribir ni caducar, no se ve sometida a los plazos que indica, pues lo que se somete a tales plazos es la acción civil, pero no sus consecuencias. Esto es lo que establece el artículo 239.2 de la LEC, que como sabemos es supletoria de la LECrim en esta materia. Es lo que se*

[14] ROJ: AAPP GC 1766/2011, Sentencia 544/2011, Recurso: 394/2011; Ponente: Salvador Alba Mesa.

deduce sin duda alguna de los artículos 984.3 y 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

Más recientemente, el Auto de la AP de Barcelona, sección 21, de 21 de marzo de 2016[15], que tras analizar la prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito declarada en procedimiento civil señala que "*por tanto, a salvo del plazo de caducidad del artículo 518 LEC, declarada en vía civil la responsabilidad ex delicto, la ejecución ya iniciada proseguiría hasta la completa satisfacción del ejecutante, salvo renuncia al derecho, pudiendo darse supuestos de sucesión procesal por fallecimiento del deudor pues la deuda civil, una vez declarada, se incorpora al patrimonio del deudor quien, por efecto del artículo 1911 CC, responde a partir de tal momento de ella con sus bienes presentes y futuros. No resultaría por tanto lógico pretender que otra cosa suceda en la ejecución penal, informada por el principio de impulso de oficio ya desde la fase inicial declarativa y que parte de idénticas premisas. Por ello nos mostramos rotundamente en contra de la interpretación que a este efecto viene haciéndose en buena parte de la jurisprudencia menor donde, en nuestra opinión, se confunde prescripción de la acción con prescripción del derecho sin apoyo legal alguno... En conclusión, entendemos que no puede hablarse de prescripción de la acción civil para reclamar la responsabilidad civil pues ésta ya fue ejercitada junto con la penal y que, declarada dicha responsabilidad civil en sentencia, el deudor responde a partir de tal momento con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), transmitiendo a sus herederos la obligación como pasivo. Es decir, no cabe ya hablar de prescripción de la acción civil, ya ejercitada. Ni puede plantearse por lo mismo la prescripción o caducidad alguna que, como decimos, no podría producirse una vez declarada la responsabilidad civil ex delicto pues no está regulada más allá de la previsión de caducidad inicial del artículo 518 LEC (plazo de cinco años desde la firmeza de la sentencia que declara la obligación) y que además no afecta al procedimiento penal".*

Lo contrario supondría en la práctica, la imposibilidad de hacer efectivo un derecho judicialmente reconocido haciendo de la sentencia un simple papel mojado, por cuanto si cumplida con carácter previo la pena privativa de libertad impuesta o lo que resulta más frecuente, declarada la insolvencia del penado, transcurre el plazo de prescripción, que recordemos en la actualidad es de cinco años, sin que se haya hecho efectiva aquélla responsabilidad, se dejaría en la más absoluta de las indefensiones al

[15] ROJ: AAPP B 186/2016, ECLI; ES;APB: 186A, Recurso 150/2015, Ponente: María Calvo López.

perjudicado al declararse extinguido el derecho a ser indemnizado de los daños causados e impedirle por aplicación de la cosa juzgad negativa (art. 552-3 en relación con el art. 222.1 LEC) hacer valer de nuevo el derecho por vía declarativa. Y ello a todas luces, resulta totalmente contrario en un sistema procesal como el nuestro que constituye un verdadero ejemplo de protección a las víctimas de hechos delictivos.

VII. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil derivada del delito ejercitada en el ámbito penal, participa de la naturaleza civil que le es innata, precisando un fallo condenatorio con inclusión de hechos punibles para ser declarada.

Su ejercicio está sujeto a plazo de prescripción que, a falta de regulación específica es el genérico de 5 años actualmente establecido en el art. 1964 CC interrumpiéndose por el inicio del procedimiento penal hasta la notificación de la resolución a los perjudicados. Dicha interrupción aprovecha a la totalidad de perjudicados por un mismo hecho delictivo y a la totalidad de responsables civiles, con independencia del momento de su entrada en el proceso penal.

Una vez finalizado el procedimiento penal sin contener pronunciamiento condenatorio sobre aquélla responsabilidad, pero con declaración de hechos punibles, el plazo para ejercitar la acción en la vía civil, continúa siendo el de 5 años.

Si por el contrario el procedimiento penal finaliza con declaración de responsabilidad civil no operará la caducidad ni la prescripción procediéndose de oficio a su ejecución hasta el total resarcimiento del perjudicado.

* * * * * *

Cristina Giralt Padilla
Juez Sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Tarragona. Socia de la FICP.

~El delito de usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 Código Penal. Incidencia de la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo~

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada viene reconocido en el art. 46 Constitución Española como principio rector de la política social y económica, por lo que incumbe al poder público promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo tal derecho.

La ubicación sistemática de dicho precepto en la Constitución impide reconocerle carácter de derecho fundamental. Sin embargo, como apuntan algunos autores[1], la no fundamentalidad de determinados derechos sociales no debería conceptuarlos como meras declaraciones de intenciones, vacías de contenido y sin verdadera protección constitucional. De este modo, este derecho social reconocido por la norma suprema implica la necesidad de crear una estructura que incluya obligaciones, tanto positivas como negativas, del poder público en orden a garantizar su pleno desarrollo y, en particular, el derecho a la no injerencia y al uso pacífico de la vivienda.

La situación de crisis económica que atraviesa nuestra sociedad actual ha supuesto que, en ocasiones y amparándose en ese derecho a acceder a una vivienda digna, se pretendan justificar determinadas conductas que atentan contra otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) si bien, en realidad, ambos derechos no son opuestos, sino que deben complementarse y conjugarse entre sí, analizando las situaciones y los distintos intereses en conflicto, para determinar si concretas conductas pueden suponer un ataque ilegítimo e injustificado a las facultades dominicales o, por el contrario, debe prevalecer el interés público y social. En este sentido, el actual contexto económico y la alarma social generada por la precariedad económica que sufren muchas familias que les impide ese acceso a la vivienda que propugna la Constitución, ha llevado a la opinión pública a una confusión de conceptos e intereses, de tal forma que algunos pretenden que Jueces y Tribunales

[1] HERNÁNDEZ GARCÍA, J, La Protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ. Derecho y vivienda X-2005, pp. 17-18.

den una respuesta unitaria y mediante los mismos mecanismos legales a situaciones que nada tienen que ver entre sí, sin olvidar además, que tal y como establece el art. 3 del Código civil, en la interpretación de las normas debe atenderse, entre otros, al criterio de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento del derecho a la propiedad y las facultades que de ésta se derivan, gozan de un amplio marco de protección, de tal modo que la finalidad de esta comunicación es determinar la naturaleza de las acciones que pueden vulnerar tal derecho y, en particular, las relativas a la ocupación de bienes inmuebles, distinguiendo aquellas conductas que constituyen únicamente un ilícito civil de las que pueden constituir infracción criminal, así como las acciones que pueden ejercitarse para garantizar el libre y pacífico disfrute de ese derecho.

En este sentido, como se analizará seguidamente, el derecho a la propiedad y las distintas facultades que la integran vienen garantizados por el ordenamiento civil y, por otro lado, el Derecho Penal también regula una serie de conductas que se consideran vulneradoras de los derechos sobre el patrimonio inmobiliario, elevando así el interés necesitado de protección a la categoría de bien jurídico, si bien en relación a los ataques más graves y cuando las demás ramas del Ordenamiento jurídico se muestran insuficientes para dar una respuesta efectiva y necesaria, dado el carácter fragmentario y los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* que inspiran el Derecho Penal. De este modo, no cualquier perturbación posesoria puede justificar la puesta en marcha de los mecanismos penales de protección sino que, en determinadas situaciones, deberá acudirse al auxilio judicial a través del ejercicio de acciones civiles.

Así las cosas, el objeto de estudio es el delito de usurpación de bienes inmuebles que la doctrina y la jurisprudencia actuales califican como ocupación "no violenta o pacífica" y que viene regulado en el artículo 245.2 CP, que castiga al que "ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular".

Asimismo y dado que en la actualidad la ocupación de inmuebles se ha convertido en una de las conductas más denunciadas, procede en primer lugar analizar los antecedentes históricos de política criminal que motivaron la inclusión de esta conducta en el Código Penal, así como la evolución posterior, pues los cambios sociales han motivado que el precepto penal se aplique a nuevas situaciones surgidas a raíz de la

crisis económica. Por otro lado, será necesario analizar cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal, entendiendo que tal consideración actúa como límite del *ius puniendi* del Estado, de tal modo que no toda alteración perjudicial para un bien es necesariamente relevante para el Derecho Penal, sino sólo aquella que integre una vulneración del significado jurídico de la norma de protección. Por último, se pretende introducir algunas cuestiones relativas a la incidencia que ha tenido la última reforma del Código Penal operada por LO 1/15 de 30 de marzo, que ha convertido el delito previsto en el art. 245.2 CP en un delito leve, con las consecuencias procesales que de ello se derivan.

II. MOVIMIENTO OKUPA Y LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO DE OCUPACIÓN DE INMUEBLES EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO.

El citado artículo 245.2 fue introducido en nuestro Código Penal de 1995, siendo destacable que, en toda la historia de la codificación española, únicamente se había criminalizado la usurpación no violenta en el Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera de 1928. La tipificación de esta conducta surgió en el Código Penal actual frente al movimiento okupa que, desde comienzos de los años 80, habían empezado a introducirse en nuestro país.

El fenómeno okupa tiene su origen en el Reino Unido en la década de los años 60 del siglo XX, cuando grupos de jóvenes (squatters) disconformes con los valores y estructuras de la sociedad capitalista, empezaron a establecerse de forma permanente en edificios y viviendas que no eran utilizadas por sus propietarios, si bien más tarde se propagó también a otros espacios urbanos en desuso o abandonados, e incluso a fincas rústicas. A finales de esa década y principios de los 70, el fenómeno se extendió por todo el continente europeo (Berlín, Friburg y Ámsterdam, entre otras ciudades).

En España, las primeras ocupaciones de carácter reivindicativo tienen lugar a partir de 1980 y se desarrollan en las grandes ciudades como Madrid, Barcelona, Bilbao o Valencia. Se trataba, en la mayoría de supuestos, de ocupaciones de bienes inmuebles que habían sido abandonados por sus propietarios, respondiendo dicho abandono en muchos casos a fines especulativos, de tal forma que los integrantes del movimiento okupa pretendían reivindicar un acceso a la vivienda frente a la política oficial, no sólo para satisfacer las necesidades básicas de tipo habitacional, sino también para contar con espacios colectivos donde desarrollar actividades y proyectos sociales en favor de la

comunidad. Ello dio lugar, en algunos casos, a enfrentamientos entre la policía y los okupas, que tuvieron fuerte repercusión social.

De ahí que el movimiento tuvo en su inicio un marcado carácter ideológico y político, aunque en nuestro país la fase de implantación del fenómeno coincidió también con una época de crisis económica, debido a la reconversión industrial, con un aumento del paro juvenil y la adaptación de nuestras estructuras socio económicas a la adhesión a la Comunidad Económica Europea.

Es en ese marco social se introdujo en el Código Penal de 1995 el apartado 2º del art. 245, como delito de ocupación no violenta de un inmueble que no constituyera morada, sin la autorización debida. No obstante, ya desde su promulgación, una corriente doctrinal muy extendida consideraba improcedente, desde un punto de vista político-criminal, la tipificación de estas conductas[2], en virtud de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal, de proporcionalidad y necesidad de pena[3].

Las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a que se ha visto sometido el precepto son claro indicador de la dificultad que existe, tanto para identificar los elementos integradores del tipo, como el propio ámbito de protección de la norma, y ello puede conllevar a que los órganos judiciales lleguen a destipificar o dejar vacío de contenido el precepto, lo que no sería asumible en un Estado social y democrático de derecho que propugna, entre otros principios básicos, la separación de poderes.

A modo de ejemplo, aun cuando en la actualidad se admite de forma general la contraposición de las conductas recogidas en los dos apartados del artículo 245 en base a la concurrencia o no de violencia o intimidación, lo cierto es que en un principio algún autor había defendido la tesis de que, en realidad, en ambos casos lo que se castigaba exclusivamente era la usurpación violenta, pues sólo así podía salvarse la posible inconstitucionalidad del precepto penal, de tal modo que la diferencia entre

[2] SERRANO PIEDECASAS, La usurpación (Título XIII Cap. V CP). Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ XIII-2004, p. 413; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 13ª ed., Valencia. 2015, p. 398; QUINTERO OLIVARES, Comentarios a la Parte Especial del Código Penal, Navarra, Editorial Elcano, 2002, p. 660; PÉREZ MANZANO, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II Madrid,1998, p. 433; LA MARCA/ESCAMILLA/MESTRE/GORDILLO, Manual de Derecho Penal, Madrid, 2001, p. 259; BAZA DE LA FUENTE, El delito de usurpación no violenta en los Proyectos del Código Pena l de 1992 y 1994, Cuadernos de Política Criminal, 1995, p. 912.

[3] BAUCELLS LLADOS, J, La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch., 1997, pp. 81-114.

ambas conductas estribaría únicamente en el objeto sobre el que recae (bien inmueble y derecho real inmobiliario *versus* inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada)[4]. Sin embargo, en la actualidad el término "ocupación pacífica" se encuentra plenamente admitido, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, precisamente para distinguir la conducta del apartado 2º del artículo 245 de la ocupación empleando violencia o intimidación en las personas que se castiga en el apartado 1º.

Sentado lo anterior debe señalarse que, pese a que ese delito nació con la intención de dar respuesta a las conductas de determinados colectivos específicos que defendían una ideología y reivindicaban la función social de la propiedad ocupando inmuebles abandonados por sus propietarios, lo cierto es que el actual contexto socioeconómico ha hecho surgir nuevas situaciones que poco tienen en común con aquel movimiento okupa inicial. Así, en la actualidad, la llamada "burbuja inmobiliaria" y la pérdida generalizada de empleos que dejó a muchas familias en una situación de grave precariedad económica, impidiendo que pudieran hacer frente a los préstamos hipotecarios que gravaban sus viviendas, desembocó en infinidad de procedimientos de ejecución hipotecaria, lo que dio lugar al desalojo forzoso de esas personas y a la adjudicación de dichos inmuebles a las entidades bancarias, si bien la inmensa mayoría de esos inmuebles permanecen desocupados, precisamente porque pocas son las personas que pueden acceder al mercado inmobiliario.

Ello ha dado lugar a movilizaciones sociales y a la aparición de organizaciones en protección del derecho a la vivienda (como la Plataforma Stop Desahucios, o la Plataforma de Afectados por la Hipoteca) y también a la proliferación de ocupaciones ilegales de aquellos inmuebles que, en estos momentos, conforman el activo patrimonial de las entidades crediticias, por parte de familias desahuciadas sin recursos económicos que encuentran en esos pisos vacíos y abandonados una salida a su dramática situación.

No obstante, ni todas las ocupaciones tienen su origen en esa situación, ni tampoco todas tienen por objeto inmuebles desocupados cuyos titulares son las entidades bancarias, o incluso entidades expresamente constituidas para la gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria (SAREB), sino que se advierte una generalización de esta conducta también respecto a bienes inmuebles de particulares que se ven perturbados gravemente en sus derechos dominicales. Es decir que, partiendo de que no se puede acceder a una vivienda digna debido a las dificultades económicas, se

[4] BAUCELLS LLADOS, J. La ocupación de inmuebles…, 1997, pp. 132-148.

ocupan bienes inmuebles de terceras personas. En muchos casos, estas ocupaciones generan además graves conflictos vecinales, pues los ocupantes llevan a cabo conexiones indebidas en las redes de suministros con cargo a la comunidad, o producen daños en las viviendas colindantes. Incluso, recientemente, se ha detectado la existencia de redes organizadas que han hecho de la ocupación un negocio, pues acceden por la fuerza a viviendas desocupadas, cambian las cerraduras y entregan las llaves a terceros para que las habiten, a cambio de un precio, ya sea abonado de forma puntual o con carácter periódico, sin tener ningún título que les ampare, de modo que no sólo usurpan los derechos de los legítimos poseedores de los inmuebles, sino que se aprovechan de la precariedad y de las dificultades económicas de otras personas, cobrándoles un "alquiler" por una vivienda sobre la que no ostentan derecho alguno[5].

En este contexto social, las estadísticas muestran que las denuncias por ocupación de inmuebles siguen aumentando en los últimos años. Según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2015, el número de incoaciones de procedimientos penales por este delito pasó de 12.569 a 24.164 en 2014, lo que supone un incremento del 92%, rompiendo así una tendencia de crecimiento sostenido en torno al 20% anual en los ejercicios anteriores.

Lo anterior indica arroja sobre luz sobre la magnitud del problema de tal forma que, amparándose en el derecho a disfrutar de una vivienda, no cabe admitir la impunidad de conductas que atenten de manera generalizada contra las facultades posesorias ejercidas de forma efectiva por sus legítimos titulares.

De este modo, puede concluirse que la "ocupación" ilegítima de bienes inmuebles, como conducta constitutiva de infracción penal, ha sufrido una evolución debido al contexto socio económico actual, pues los supuestos a los que diariamente se enfrentan los órganos judiciales tienen un perfil totalmente distinto a aquél en el que se amparó la inclusión de la norma penal, tanto en relación a los propios sujetos activos y pasivos, como a la conducta en sí misma, su motivación y la afectación del bien jurídico necesitado de protección. De ahí que el ejercicio de la función jurisdiccional implica, en estos caso, analizar y ponderar las distintas situaciones que se plantean en la práctica,

[5]Este fenómeno que se conoce como "pisos patadas" y consiste en que los asaltantes se hacen con la vivienda para cobrar un alquiler a nuevos inquilinos, o es utilizada para fines ilícitos como el tráfico de drogas, se ha constatado en varias poblaciones creando alarma social, hasta el punto que los Ayuntamientos han solicitado ayuda a los operadores jurídicos (policía, Jueces) a fin de que no se archiven las denuncias sin investigar las conductas. (Diario La Vanguardia, 6 de febrero de 2016).

evitando impunidades inadmisibles que puedan generar una expansión y proliferación de conductas delictivas, pero sin obviar el estado de emergencia habitacional en el que se hallan ciertos sectores de la sociedad, distinguiendo así entre lo que puede ser constitutivo de un ilícito civil –para el que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos y procedimientos específicos en orden a restituir a los titulares en el libre y pacífico goce de sus derechos- o, por el contrario, de un ilícito penal.

III. EL DELITO DE OCUPACIÓN "NO VIOLENTA" DEL ARTÍCULO 245.2 CP. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN.

1. Bien jurídico protegido

Tal y como expresan algunos autores, antes de la introducción del delito del art. 245.2 CP, en el antiguo Código Penal (art. 517) el bien jurídico protegido era la propiedad privada, pues su propia ubicación en el Título dedicado a los "delitos contra la propiedad" así lo indicaba. Sin embargo, no sólo la nueva rúbrica del título ("de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico") ha supuesto que se cuestione la propiedad estricta como bien jurídico exclusivamente relevante, sino que de defender tal tesis, quedarían impunes las perturbaciones de la posesión y de cualquier otro derecho real distinto de la propiedad[6].

En el ámbito jurisprudencial, algunas Audiencias Provinciales han analizado esta cuestión, entendiendo que el bien jurídico protegido es el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es decir, el patrimonio inmobiliario, si bien éste debe protegerse frente a los ataques más graves que reciba, atendiendo a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, que implica que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando para la protección de los bienes jurídicos merecedores de protección se han puesto en práctica medidas de otras ramas del ordenamiento que han resultado insuficientes o ineficaces[7].

---

[6] HUERTA TOCILDO, S. La protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, Civitas, 1980, p. 74; MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial, 1993, p. 207; BAUCELLS LLADOS, La ocupación de inmuebles, 1997, p. 119.

[7] Entre otras, cabe citar las siguientes resoluciones:

1) SAP Álava de 6 de febrero de 2006 (ROJ SAP VI 148/2006 Pnte. Madaria Azcoitia): *"...Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí durante un tiempo prolongado en el cual el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal..."*;

En este sentido, no cabe obviar que el ordenamiento civil prevé específicas medidas para la tutela de un patrimonio inmobiliario, otorgando una amplia protección tanto a los propietarios como a los poseedores de esos bienes. Así., las acciones posesorias (art. 250.1. 4º LEC); el procedimiento de desahucio por precario (art. 250.1. 2º LEC); la acción reconocida a los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.1. 7º LEC), la acción reinvidicatoria, la acción declarativa de dominio o la acción negatoria. Además, en algunos casos se trata de procedimientos que se tramitan por el cauce del juicio verbal especial, ideado para la tutela sumaria de la posesión de una cosa o derecho inmobiliario y que se puede ejercitar por aquella persona que haya sido despojada de su posesión o perturbado en su disfrute, siendo en la mayoría de las ocasiones un trámite procesal rápido y sencillo, mediante el cual puede procederse al lanzamiento de quienes estén ocupando el bien inmueble.

Todo ello ha llevado a la mayoría de Audiencias a considerar que la aplicación de la norma penal debe ser restrictiva actuando, como se ha dicho, únicamente frente a los ataques más graves y relevantes, lo que lleva a plantearse si la protección se extiende a la titularidad dominical en sentido estricto, o en cambio, a la posesión pacífica de un inmueble por quien ejerce un derecho al uso y disfrute efectivo sobre el bien, que se ve perturbado por la conducta ilícita. De ahí que, deben distinguirse aquellos supuestos en que el titular dominical abandona el ejercicio efectivo de la posesión del inmueble -siendo éste un abandono fáctico que no jurídico-, no considerándose en ese caso bien necesitado de protección penal, pues el titular no está obteniendo una utilidad derivada de su derecho de propiedad (goce de la cosa y aprovechamiento de sus frutos y rentas), de tal modo que en estos casos la protección civil es suficiente para poner fin, en su caso, a los actos que perturben la propiedad, pero no cabe admitir que en esos supuestos la ocupación pueda dar lugar a una conducta de relevancia penal, dado que no se priva

2) SAP La Rioja de 15 de febrero de 2006 (ROJ SAP LO 90/006 Pnte. Rodriguez Ferandez*): "...No obstante esta Sala comparte las afirmaciones del juzgador en el sentido de que el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, que a diferencia del básico del párrafo primero de dicho artículo no requiere violencia o intimidación, ha sido examinado por las diversas Audiencias Provinciales, partiendo del propósito que inspiró al legislador que procedió a su introducción en el Código Penal de 1995, que no fue otro que el de salir al paso de actuaciones que venían extendiéndose bajo la denominación conocida de "okupas" y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles; siendo reiteradas las resoluciones que vienen declarando que dicha intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales a una interpretación rigurosa del precepto, esto es, a una interpretación que, acorde con los principios básicos que informan al Estado social y democrático de derecho definido constitucionalmente, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del procedimiento civil y del precepto penal, como bien argumenta la SAP Gerona de 24 de febrero de 1998..."*

de forma inmediata y grave los derechos posesorios, habiendo sido éstos abandonados o no ejercidos durante un período de tiempo prolongado por el titular legítimo.

Teniendo en cuenta que en esta materia son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo[8], resulta muy relevante la doctrina sentada por la Jurisprudencia menor. En este sentido, si bien podemos encontrar algunas sentencias que han considerado típica la conducta cuando el inmueble está deshabitado temporalmente a la espera de un comprador, o incluso una obra en construcción[9], lo cierto es que la mayoría de la Jurisprudencia opta por interpretar el precepto con carácter restrictivo en base a los razonamientos anteriormente apuntados, pudiendo destacarse entre otras las siguientes sentencias:

- La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2003 (ROJ SAP B 3910/2003 Pnte. Morales Livia), sección 5 dispone: "*...el principio de intervención mínima del Derecho Penal no permite perseguir aquellas conductas que por su manifiesta irrelevancia o intrascendencia no merecen específicamente la protección intensa que supone la posibilidad de una sanción penal, que debe quedar reservada para los casos más llamativos y que desde luego no es el de estos tres acusados. Esta misma Sala ya tuvo ocasión de fijar su posición al respecto del delito de usurpación no violenta ni intimidatoria en su sentencia de 16 de enero de 2003...Allí decíamos, entre otras cosas, que: "Si examinamos el tenor del*

[8] STS 15 noviembre 2004 (ROJ STS 7355/2004 Pnte. Degado García) y STS de 12 noviembre de 2014 (ROJ STS 5169/2014 Pnte. Conde-Pumpido Touron.

[9] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de junio 2012 (ROJ SAP SS 244/2012 Pnte. Arbarin Urquiaga) establece: *"...No puede confundirse ni equipararse, abandono con desocupación, pues obviamente, todos los bienes inmuebles que se ocupan y a los que les es aplicable este precepto penal, están desocupados, temporalmente desocupados, lo que no significa que hayan sido abandonados por los dueños. La posesión es un derecho real que deriva del dominio y que admite el uso intermitente. El bien jurídico protegido es la propiedad o cualquier derecho real inmobiliario que implique la posesión del inmueble y este bien jurídico es atacado por una conducta calificable de ocupación, que sustrae completamente de su legítimo titular la posesión, uso y disfrute del inmueble ocupado. La regulación de los interdictos de recobrar la posesión en la LEC. no anula ni constituye presupuesto necesario para la aplicación de un precepto penal que debe ser aplicado si los hechos probados tienen encaje en el mismo…*"

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de diciembre de 2013 (ROJ SAP VA 1438/2013 Pnte. Pzarro García) establece: "...El indicado motivo no ha de ser acogido por cuanto, por una parte, las resoluciones judiciales han de sustentarse, entre otros, en los principios de legalidad y tipicidad, y no en consideraciones de otro orden (como las contenidas en el trabajo " *El Derecho a la vivienda como Derecho Social: Implicaciones constitucionales* " del profesor Juan Ramón del que el motivo ahora analizado es trascripción) cuya ponderación corresponde a otros poderes del Estado, y, por otra, en modo alguno puede aducirse que "no ha habido intervención de los poderes públicos para asegurar el acceso a otra vivienda digna" a la acusada cuando ninguna prueba se ha aportado de que la misma recurriera a los servicios sociales en demanda de un lugar para vivir o de otro tipo de ayudas para procurárselo.

número 2 del art. 245 CP de 1995 llegaremos a la fácil conclusión de que existen dos modalidades distintas de comisión del delito de que se trata; la primera, la de "ocupar sin autorización debida", y la segunda, la de "mantenerse contra la voluntad de su dueño". La primera modalidad se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal, ""in dubio pro reo"", cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior.... si no se acepta que el término "ocupar", a efectos penales, es necesariamente una acción permanente no sería necesaria, lógicamente, la configuración de una segunda modalidad comisiva distinta, o sea, la de mantenerse en su interior contra la voluntad de su titular, puesto que con la primera ocupación (esa que no sería permanente) también podría cometerse la segunda modalidad delictiva desde el mismo momento que el dueño se opusiera a la estancia en el interior del inmueble por parte del sujeto correspondiente. El que el Legislador haya distinguido entre estas dos modalidades comisivas es suficientemente significativo de que la primera modalidad de "ocupación sin autorización" requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener sine die la situación así producida. De ahí que el término "ocupar" (primera modalidad), deba interpretarse en su justa medida, que no es otra que la que se desprende de la propia dimensión jurídica tradicional que se da a la ocupación, concepto heredado de la doctrina civilista que lo considera como uno de los modos de adquirir la propiedad, integrándose éste por la toma de posesión de una cosa concreta con intención de haberla como propia, el animus rem sibi habendi, lo que significa que "ocupar" requiere necesariamente, insistimos, una voluntad estable y duradera en el tiempo que acredite una clara intención del sujeto activo de poseer la cosa definitivamente como propia. La interpretación del citado precepto debe hacerse con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria

vigentes en ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "ultima ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad y también de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico".

– La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de febrero de 2004 (ROJ SAP M 2409/2001 Pnte. Fernández Entralgo), establece que: "*La literalidad del artículo 245 es equívoca; y de su ubicación sistemática dentro del Título tampoco permite obtener conclusiones firmes. En efecto, puede entenderse que la usurpación es una figura genérica de apoderamiento, que comprende la ocupación violenta o intimidativa (apartado 1) y la no violenta (apartado 2), limitada a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada.*

Sin embargo, nada impide entender que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación; y resulta más coherente metodológicamente discernir las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido:

(a) El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 del Código Penal, como un delito contra la inviolabilidad de domicilio.

(b) La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del artículo 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena.

(b) La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el artículo 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél.

En este último caso, si se quiere estar atento a las exigencias del principio de irrelevancia de las bagatelas o actos que no entrañan lesión o peligro significantes para el bien jurídico protegido (tema de actualidad, tras la doctrina acogida últimamente por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: por más reciente, la 184/2004, de 13 de febrero) y a la luz del principio de intervención penal mínima como criterio

interpretativo impuesto por el modelo de Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho como el configurado por la vigente Constitución Española (tal como se proclama en su preámbulo), será preciso que el hecho cause una perturbación significativa a la pacífica posesión del bien ocupado.

Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del "ius usus innocui", tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espigueo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de "espigueo inmobiliario", en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical"

– La Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 20 de septiembre de 2005 (ROJ SAP SE 2826/2005 Pnte. Romeo Laguna), establece que: *"…debe llegarse a las siguientes conclusiones que resultan armónicas con las normas de derecho privado que obviamente también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. La protección penal atribuida por el nuevo delito de usurpación no violenta, ni intimidatoria, no alcanza al derecho de propiedad inmobiliaria, ni tan siquiera al derecho de posesión -o situación jurídica posesoria- denominada por la doctrina civil posesión civil, sino la más cercana a la denominada en el mismo ámbito posesión natural o si no se está de acuerdo con este término a la posesión material del bien que determina el señoría directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. En este sentido el artículo 431 del Código Civil consigna que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos teniendo y disfrutándolos, reconociendo el siguiente artículo 432 la posesión en distinto concepto que el de dueño, en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos.*

Y ello es así porque tenemos el criterio -que nos parece pacífico- que el poseedor inmediato del bien inmobiliario, que no constituya morada, en virtud del correspondiente negocio jurídico, en el supuesto de finalización,

por ejemplo, del término del contrato careciendo del derecho a continuar poseyendo el bien, una vez el poseedor mediato le exteriorizara su oposición a que se mantuviera en tal posesión y omitiera cesar en ella no realizaría una conducta incardinada en el expresado tipo penal. La protección penal sólo alcanza a la posesión material que comporte goce y disfrute del bien, siendo ofendido por el indicado delito incluso el poseedor inmediato frente al poseedor mediato aunque fuera éste el propietario del bien, igual que en el ámbito -civil el poseedor tiene acción interdictal contra el propietario del bien, aun en el supuesto de que aquél haya adquirido la posesión de forma viciosa por aplicación de lo dispuesto en los artículos 441 y 446 del meritado Código Civil . No alcanzaría esta protección penal a la posesión mantenida por el denominado servidor o instrumento de la posesión frente a su principal, pues de acuerdo con lo consignado en el artículo 431 del Código Civil EDC 1889/1, aquél actúa como instrumento ejecutor material del señorío posesorio de éste, encuadrándose como tales relaciones las de subordinación y dependencia.

La posesión protegida en el orden penal no sólo es la posesión a título de dueño, al que el ordenamiento jurídico atribuye título para adquirir el dominio por usucapión de acuerdo con los artículos 447 y 1941 del repetido Código, sino también la posesión que se detenta para disfrutarla y gozarla sin discutir la posesión civil a su dueño o propietario.

La posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de forma efectiva, no sólo porque la que no se disfruta efectivamente ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el derecho penal, a nuestro entender, no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual (de acuerdo con el Tribunal Constitucional -por ejemplo la STC núm. 37/1987, de 26 de marzo de 1987 - ésta configura el contenido esencial de la propiedad privada desde una perspectiva subjetiva) y ello con independencia de que los motivos de la falta de utilización del bien no sean imputables a la propiedad.

A nuestro juicio -lo que no es pacífico- el repetido tipo penal no es una infracción de riesgo, sino de lesión al bien jurídico protegido, según

hemos ya delimitado, protegiéndose penalmente al poseedor que goce y disfrute efectivamente del bien, lo utilice, en cualquier concepto, alcanzando tal protección también a aquellas situaciones posesorias que aunque de forma transitoria no impliquen utilización del bien tengan una tal vocación que se deducirá de la adopción por el poseedor de las medidas adecuadas para dar efectividad a su utilización."

– La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 10 de noviembre de 2006 (ROJ SAP T 1081/2006 Pnte. Hernández García) establece que: "…No podemos aceptar, desde elementales exigencias hermenéuticas en *la interpretación y aplicación de los tipos penales, que cualquier perturbación posesoria justifique la puesta en marcha de los mecanismos punitivos. Evidentes criterios de adecuación, reclaman que la acción perturbadora reúna determinadas notas de antijuricidad, de contrariedad al derecho, de intensidad cuantitativa y cualitativa, que en el caso que nos ocupa deben medirse en relación directa con el daño y la alteración causada al ius possidendi que ostenta su titular.*

Sin dicho esfuerzo de delimitación nos enfrentaríamos a la indeseable situación en la que concurrirían espacios de protección superpuestos, el civil y penal, que comprometería los deseables niveles de racionalidad pragmática, sistemática y ética a los que debe responder todo ordenamiento jurídico.

¿Cuáles son esos niveles de lesividad que debe reclamarse a la acción perturbadora, para justificar la reacción penal contemplada en el tipo del artículo 245 CP?

Como apuntábamos, el acto perturbador debe interferir de manera mensurable y relevante en los derechos posesorios que ostenta el titular, en particular el de goce de la cosa y el de aprovechamiento de sus frutos y rentas. Es el contenido objetivo del derecho lo que debe resultar lesionado. La ocupación penalmente relevante debe equivaler en su resultado antijurídico no sólo a un acceso a la posesión, como describe el artículo 438 CC , sino a una exclusión del legítimo titular del ius possidendi a su disfrute pacífico y a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del

mismo. Perturbaciones transitorias o que recaigan sobre cosas o inmuebles sobre las que su titular no ejercite efectiva y actualmente los derechos de disfrute que se derivan del derecho a poseer no merecen ser penalmente castigadas

El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión material de la cosa cuando el poseedor civil se ha despreocupado durante un largo periodo de tiempo del ejercicio de su derecho sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales. Resulta obligado establecer una relación de contingencia, de actualidad, entre lesión del ius possidendi y acto perturbatorio, tal como cabe decantar del propio tenor literal de la norma penal cuando se refiere expresamente a la permanencia en la cosa ocupada en contra de la voluntad de su titular…"

Y se reitera dicha doctrina en las SAP Madrid de 15 de julio de 2013, SAP Sevilla de 19 de marzo de 2013 y SAP Tarragona de 7 de junio de 2016.

De lo anterior se deduce, por tanto, que el criterio jurisprudencial mayoritario entiende que el bien jurídico protegido en el delito del art. 245.2 CP no es la propiedad, sino la posesión y, dentro de ella, cabe señalar que el Código civil la concibe, por un lado, como hecho (mera realidad fáctica) y, por otro, como derecho (manifestación objetiva del ejercicio de una relación jurídica, ya sea de contenido real como la propiedad, uso, habitación o usufructo, o negocial como en el caso del arrendamiento, depósito, comodato, etcétera). Por ello, el mero poseedor de hecho puede exigir al perturbador que acredite el título en el que basa su mejor derecho posesorio, reclamando que se le mantenga en el disfrute de la misma hasta que se reconozca al segundo mejor título (art. 446 Cc). En cambio, el poseedor mediante título puede ejercitar directamente la tutela que le brinda su derecho y reclamar el cese de la perturbación posesoria, sin necesidad de reclamar tutelas provisionales.

De ahí que la tutela penal no puede identificarse exclusivamente con el derecho a poseer genérico (el *ius possidendi* del art. 438 Cc), sino que la posesión penalmente protegida es la del titular inmediato *(ius possesionis*), es decir la posesión real, efectiva e inmediata, por lo que el acto perturbador supone la exclusión del legítimo titular de ese derecho a su actual disfrute pacífico y a las utilidades que del mismo derivan. Por ello, para que entren en juego los mecanismos penales de protección, es necesario que la

acción perturbadora reúna determinadas notas de antijuricidad y de intensidad, tanto cuantitativa como cualitativa.

Esta interpretación es, en mi opinión, acorde no sólo con los principios de intervención mínima, subsidiariedad y de ultima ratio que inspiran el Derecho Penal, sino además con el criterio sociológico y teleológico al que deben atender los Jueces y Tribunales en la interpretación de las normas, sin que ello suponga una desnaturalización de la conducta penal desde el poder judicial, ni suponga una injerencia en las facultades que corresponden al legislador, ni pueda tacharse de arbitraria, como algunos autores han defendido[10].

2. Elementos del injusto.

a) Objeto material

Frente a la conducta prevista en el apartado 1º del art. 245 CP que viene referida a cosas inmuebles -definidos en el art. 334 Código civil-, la del apartado 2º se refiere a bienes inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada, por lo que el objeto sobre el que recae la conducta típica parece, inicialmente, más amplio en la ocupación no violenta. No obstante, "edificio" es una categoría que la propia norma civil incluye dentro del concepto de inmueble, de tal modo que en realidad la distinción no tiene relevancia jurídica alguna. En cuanto a vivienda, lo cierto es que no tiene por qué corresponderse en todo caso con un inmueble, pues una caravana puede constituir "vivienda", por lo que la remisión expresa a ese tipo de espacio habitacional sí supone una ampliación del objeto respecto al tipo regulado en la usurpación violenta.

Por otro lado, el objeto sobre el que recae la conducta típica viene definido negativamente, pues ese "inmueble, vivienda o edificio" no debe constituir morada. Este elemento negativo permite diferenciar la conducta del art. 245.2 CP, del allanamiento de morada castigado en el art. 202 CP, de tal modo que se incluirían en el delito de usurpación no violenta las viviendas no habituales, es decir, las segundas residencias o los inmuebles que temporalmente se encuentren vacíos, extendiéndose a los locales, naves, caseríos, casetas de campo, etcétera[11].

---

[10] MANGAS CAMPOS, A, La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Diario La Ley nº 8672, Sección Doctrina, 28 diciembre de 2015. Ref. D-487.

[11] SAP Madrid 31 de enero 2013 (ROJ SAP M 1811/2003 Pnte. Alonso Suárez); SAP Barcelona de 6 de junio 2013 (ROJ SAP B 7357/2003 Pnte. Zabalegui Muñoz); SAP Vizcaya 11 de abril 2013 (ROJ SAP BI 593/2013 Pnte. San Miguel Bergareche; y SAP Valencia 4 octubre 2013 (ROJ SAP V 4209/20131 Pnte. Beneyto Mengo.

No serían, por tanto, punibles las ocupaciones de fincas abandonadas o ruinosas ni aquellas en que exista una posesión socialmente manifiesta tolerada durante un período de tiempo por el legítimo propietario o poseedor.

b) Sujetos del delito.

Puede ser autor de este delito cualquier persona que ocupe, sin emplear violencia o intimidación y sin consentimiento del titular, un bien inmueble de pertenencia ajena y que no constituya morada. De ahí que es necesario que el sujeto activo no ostente ningún título de pertenencia o posesión que le legitime a permanecer en el inmueble.

En relación a ello, cabe destacar que no podría considerarse autor de un delito de ocupación del art. 245.2 CP a la persona a quien el inicial arrendatario le hubiere subarrendado la vivienda, pues aun cuando el propietario o usufructuario del inmueble no hubiere consentido ese subarriendo, ello es causa de extinción del contrato de arrendamiento (art. 8 y 27 Ley 29/94 Arrendamientos Urbanos), pero en ese caso no podría concluirse que el ocupante careciere de título, pues aunque éste no hubiere sido legalmente constituido, estaría ocupando el inmueble sin consentimiento del titular pero abonando renta por ello, de tal modo que estaríamos ante un supuesto civil de ocupación no consentida que podría dar lugar al ejercicio de la acción para resolución del inicial contrato de arrendamiento para declarar que el ocupante no está legitimado para continuar en la vivienda y proceder a su desalojo.

Lo anterior no sería aplicable a aquellos supuestos –frecuentes en la práctica judicial- en que los ocupantes alegan haber sido autorizados por los anteriores moradores de la vivienda, careciendo éstos también de título o autorización alguna del propietario, como si de una cadena de ocupaciones se tratara, pues en la mayoría de ocasiones tal alegación no resulta en modo alguno justificada documentalmente y no pasa de ser una mera manifestación exculpatoria, que obedece al derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ni confesarse culpable. Incluso en aquellos supuestos a los que anteriormente me refería que se dan cada vez con más frecuencia, en que un tercero ha accedido al inmueble violentando la cerradura, le ha dado las nuevas llaves al ocupante y le ha cobrado una cantidad por dejarle residir en esa vivienda, lo cierto es que también concurrirían en el ocupante los elementos para considerarlo sujeto activo del delito. Y ello por cuanto en estos casos no suele suscribirse ningún contrato entre ese tercero y el ocupante, sino que simplemente se entregan las llaves de la vivienda a cambio, por ejemplo, de 200 euros, lo que denota la consciencia del ocupante sobre la

ilicitud de la conducta. Así, podría aquí aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la ignorancia deliberada[12] que ha establecido el Tribunal Supremo, pues ese ocupante se coloca en una situación de indiferencia de forma deliberada, no queriendo saber aquello que puede y debe saberse y, sin embargo, se beneficia de la situación, por lo que está aceptando las consecuencias de la conducta ilícita en la que voluntariamente participa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto en cuanto al bien jurídico protegido, el sujeto pasivo de este delito podrá ser no sólo el propietario del bien, sino el usufructuario o arrendatario por ser personas legitimadas para disfrutar de la posesión del inmueble, es decir, todos aquellos que tengan la posesión pacífica e inmediata del bien por cualquier título y se vean despojados de ella por el acto perturbador, si bien deberá ser un persona que tenga capacidad para autorizar la estancia en el inmueble, pues de otro modo no cabría expresar su voluntad contraria.

c) Acción típica

El verbo rector de la conducta típica es doble, pues constituye ilícito penal tanto ocupar, como mantenerse en la ocupación. Considero que ambas acciones vienen definidas, además, por la concurrencia de elementos que las diferencia entre sí, por cuanto la ocupación debe hacerse sin autorización debida, es decir, que el autor accede al inmueble o vivienda prescindiendo de esa autorización pero sin que sea necesario que el poseedor legítimo haya negado de forma expresa ese consentimiento, mientras que en el mantenimiento existe ya una voluntad contraria exteriorizada de forma expresa por el titular a que el autor continúe usurpando su derecho.

No obstante, algunas sentencias se refieren al supuesto en que la ocupación ha sido implícitamente tolerada durante un periodo importante de tiempo y, pese a que el ocupante se ha mantenido en ella, no existe un requerimiento expreso dirigido al desalojo, en cuyo caso entienden que no estaríamos ante una conducta subsumible en el tipo penal analizado[13].

[12] Aplicada por el Tribunal Supremo en delitos contra la salud pública para aquellos que acceden, a cambio de una cantidad de dinero, a recoger o trasladar un paquete que contiene droga, pues aún en el caso de que éstos aleguen desconocer el contenido es evidente que se coloca en esa situación de ignorancia de forma deliberada, para participar del negocio ilícito, no queriendo saber en realidad qué contiene. Entre otras STS 22 de marzo de 2013.

[13] SAP Madrid 19 de julio de 2007 (ROJ SAP M 10314/2007 Pnte. Espejo-Saavedra); y SAP Madrid 15 junio 2009 (ROJ SAP M 7376/2009 Pnte. Rasillo López)

d) Elementos objetivos y subjetivos del tipo

En primer lugar se requiere que, para acceder al inmueble, el sujeto activo no emplee violencia ni intimidación en las personas, pues de otro modo estaríamos ante la conducta del primer apartado del art. 245 CP, que ya hemos visto que englobaría "edificios y viviendas" en el término inmueble o, en caso de constituir morada, estaríamos ante el subtipo agravado del art. 202.2 CP.

Por otro lado, el ocupante debe carecer de título jurídico que legitime esa posesión, pues si se tratara de una perturbación inicialmente consentida, aunque fuese de modo temporal y sin título, posteriormente la revocación de ese consentimiento facultaría al titular para el ejercicio de una acción posesoria en vía civil (desahucio por precario), pero la tolerancia inicial impide calificar la conducta como delictiva.

De ahí que el tercer elemento viene constituido por la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del legítimo titular del derecho posesorio, ya sea antes de producirse el acceso, o una vez el titular tenga conocimiento del mismo, en cuyo caso tal voluntad deberá ser expresa.

Asimismo, la ocupación debe realizarla el sujeto con cierta vocación de permanencia, es decir, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado, por lo que serían atípicas las ocupaciones transitorias u ocasionales, como podrían ser las meras entradas en inmuebles para dormir de forma puntual.

En cuanto a la vertiente subjetiva del tipo, es necesario que concurra el dolo del autor, debiendo abarcar tanto el conocimiento de la ajenidad del inmueble, como la consciencia de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición por el titular del bien, así como la voluntad de afectación del bien jurídico, esto es, la intención de perturbar de la posesión al titular de la finca ocupada. Por otro lado, no es necesario que el sujeto alcance con su acto un provecho económico determinable, pero es evidente que con su conducta el autor persigue obtener un beneficio, pues hace uso de un inmueble sin abonar por ello cantidad alguna[14].

[14] GOMEZ IBARGUREN, P, El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español, Barcelona, Bosch 2009, p. 156.

IV. EL TRATAMIENTO DE LAS DENUNCIAS POR OCUPACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO

De todo lo anterior se desprende que en la actualidad existe un incremento considerable de las ocupaciones de bienes inmuebles, lo que trae consigo como consecuencia inmediata un aumento importante de las denuncias por este tipo de conductas. Por ello, en los últimos años los Juzgados de Instrucción han venido registrando un gran número de denuncias, no sólo de particulares que se encuentran con sus inmuebles ocupados, sino de forma generalizada de entidades bancarias que utilizan incluso un modelo formalizado, en el que se indica que son los titulares registrales de determinado bien inmueble y que han tenido conocimiento de que el mismo está ocupado por personas cuya identificación desconocen.

Como se ha expuesto, la dificultad en determinar el bien jurídico protegido y los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal, ha dado lugar a que no exista un criterio jurisprudencial unánime en cuanto al tratamiento de estas denuncias, lo que en algunas ocasiones puede generar inseguridad jurídica.

Así, antes de la entrada en vigor de la LO 1/15 de 30 de marzo, en que el delito del artículo 245.2 CP tenía la consideración de menos grave, algunos Jueces de Instrucción, interpretando restrictivamente el precepto penal, archivaban de plano las denuncias por entender que los hechos no eran constitutivos de infracción penal (art. 779.1.1º LECrim), en base a los apuntados principios de *ultima ratio* del Derecho Penal y a la existencia de mecanismos específicos en la jurisdicción civil para la protección de los derechos dominicales. No obstante, en los supuestos en que tales resoluciones sobreseyentes eran recurridas, algunas Audiencias Provinciales habían mostrado su disconformidad al archivo de las causas sin haber practicado una mínima instrucción, mediante diligencias de investigación dirigidas a esclarecer los hechos, en concreto las circunstancias en que se había producido la ocupación, a determinar los derechos que hasta ese momento había ejercido el titular del bien, identificando asimismo a los ocupantes y, una vez practicadas, poder concluir si concurrían o no indicios de criminalidad y elementos suficientes para determinar de forma indiciaria la existencia de una conducta delictiva.

En cambio, otros Juzgados instruían las causas, practicando diligencias e incoando en muchos casos procedimiento abreviado que, tras los trámites pertinentes eran

enjuiciadas por los Juzgados de lo Penal, no existiendo tampoco en estos órganos un criterio unificado, pues podemos encontrar para supuestos similares pronunciamientos condenatorios y absolutorios y, en éste último caso, ya fuera por apreciar la concurrencia de una circunstancia eximente como podía ser el estado de necesidad (art. 20.5 Código Penal), o por entender que los hechos no eran constitutivos de ilícito penal. Y lo mismo puede decirse de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, aunque como se ha dicho se aprecia una corriente mayoritaria a interpretar de forma restrictiva el precepto penal, de forma que para que constituya ilícito penal el poseedor deba estar ejerciendo de forma efectiva las facultades inherentes a su derecho y éstas se vean perturbadas por la conducta del ocupante.

Atendiendo a lo expuesto en relación al bien jurídico protegido en la norma, considero que para determinar si nos estábamos ante una conducta penalmente relevante, deben valorarse las circunstancias concurrentes, de tal modo que no debiera afirmarse con carácter genérico que todas las conductas denunciadas son *a priori* constitutivas de ilícito civil y, por tanto, archivar sin practicar una mínima instrucción, si bien es cierto que las situaciones pueden ser distintas entre sí y, por tanto, en unas pueden concurrir los elementos que el tipo requiere, mientras que en otras se observa ya inicialmente la ausencia de alguno de los elementos del tipo o la falta de vulneración del bien jurídico protegido, por lo que estaría justificada una respuesta jurisdiccional distinta.

Así, por ejemplo, deben diferenciarse aquellos supuestos en que un particular que es propietario (o poseedor legítimo) de una segunda residencia, llega a su vivienda y se la encuentra ocupada por terceros no autorizados, o es informado de dicha ocupación por vecinos, por lo que da aviso a la policía y los agentes, si bien suelen identificar a los ocupantes y los invitan a abandonar el inmueble, cuando no se produce ese abandono voluntario, no pueden proceder de forma forzosa. En estos casos, se tramitaba la denuncia y, en su caso, se solicitaba al Juez de Instrucción ese desalojo como medida cautelar en tanto se tramitaba la causa. En estos casos, a priori, si el ocupante carece de título, no existe autorización alguna por el propietario para permitir o tolerar esa ocupación y además, tras constatarse la usurpación, manifiesta expresamente su voluntad de no permitirla y conmina a los ocupantes a desalojar la vivienda, parece evidente que existe vulneración del bien jurídico protegido, pues el propietario disfrutaba de ese inmueble de forma habitual (fines de semana, períodos vacacionales,

etcétera) y se ve despojado de su vivienda y perturbado en sus derechos de uso y disfrute. Incluso, en estos casos, podría valorarse la conveniencia de adoptar una medida cautelar para restituir en su derecho al legítimo poseedor, en virtud de lo establecido en el art. 13 LECrim y siempre teniendo en cuenta los requisitos que deben concurrir para la adopción de cualquier tipo de medida cautelar (*fumus bonis iuris y el periculum in mora).* La tutela judicial efectiva mediante el proceso penal, en estos casos, estaría plenamente justificada, pues la conducta reviste de forma indiciaria caracteres de delito, sin perjuicio de que la prueba que se practique en el futuro juicio oral sea suficiente y relevante para enervar la presunción de inocencia de quien resulte acusado, o se pueda apreciar la concurrencia de eximentes, o incluso considerar finalmente que la conducta del ocupante no es penalmente relevante.

En cambio, una situación bien distinta es la de aquellos inmuebles deshabitados que tanto proliferan actualmente en muchos edificios o conjuntos inmobiliarios, por haber sido objeto de ejecución hipotecaria y que son ocupados ilegalmente. En estos casos, quienes interpone la denuncia son los titulares registrales, entidades bancarias o SAREB a los que les ha sido adjudicada el inmueble tras un procedimiento de ejecución hipotecaria, pero nunca han disfrutado de la posesión del bien, de tal modo que la afectación del bien jurídico queda entredicha, pues lo que resulta vulnerado es el derecho de propiedad en sí mismo, no la posesión efectivamente ejercida.

Por otro lado, es cierto que, en ocasiones, estas ocupaciones suelen ser origen de conflictos en la comunidad de vecinos, pues los ocupantes realizan conexiones inconsentidas y fraudulentas de las redes de suministros ("puenteando" los contadores de luz, gas o agua) lo que genera un perjuicio a los otros habitantes del edificio; o incluso se dan situaciones conflictivas cuando se trata de sujetos que no se adaptan a las normas de convivencia vecinal.

No obstante, en estos casos, si el propietario es una entidad bancaria, o particular (persona física o jurídica) que no ha ostentado nunca la posesión efectiva e inmediata del bien, sino que le ha sido adjudicado a través de un procedimiento hipotecario, la conducta no parece ni tan siquiera de forma indiciaria constitutiva de ilícito penal, toda vez que no existe perturbación en la posesión, pues esta facultad dominical no se venía ejerciendo de forma efectiva y, todo ello sin perjuicio de que el legítimo titular no puede ser obligado a tolerar tal ocupación, si bien esa protección deberá ejercitarse a través del ejercicio de las acciones civiles que correspondan. Por ello, en estos casos, el archivo de

la causa sin practicar diligencias instructoras no es, en mi opinión, una resolución que pueda calificarse como anticipada, por cuanto no exigiría la práctica de diligencias de instrucción, pues de inicio ya se constata la falta de elementos típicos de la conducta y, por tanto, ello llevaría a situaciones de "sobreinstrucción", habituales en la práctica judicial respecto a conductas que ya, *ab initio*, no revisten caracteres de delito, con la consiguiente acumulación de causas en los Juzgados.

Tampoco puede obviarse que algunas de estas entidades que pretenden la tutela judicial de su derecho de propiedad a través de la vía penal y que recurren las resoluciones que sobreseen los procedimientos en base a los criterios apuntados, aducen el derecho de propiedad como bien jurídico necesitado de protección, si bien no cabe olvidar que, como todo derecho, genera una serie de obligaciones y que éstas, en algunos casos, no se cumplen por tales titulares. Me estoy refiriendo a la situación –bastante habitual en nuestros días- en que dichas entidades bancarias propietarias de bienes inmuebles desocupados no cumplen con sus obligaciones derivadas de la propiedad, en cuanto al pago de las cuotas de la comunidad, sino que únicamente las abonan cuando, finalmente, logran enajenar el inmueble, lo que puede ocurrir a largo plazo y, mientras, los demás propietarios del edificio tienen que hacerse cargo de los gastos comunes y derramas que sean necesarias para el mantenimiento de la comunidad. En este sentido, parece contradictorio ampararse en la propiedad para requerir una tutela efectiva e inmediata de la propiedad (muchas de estas denuncias solicitan el desalojo forzoso como medida cautelar), cuando ese derecho no se ejercita de forma efectiva, ni se cumplen tampoco las obligaciones que derivan del mismo. Con ello no quiere decirse que tales propietarios no tengan derecho a que se ponga fin a la perturbación y a la recuperación de ese bien inmueble, sino que en esos casos es difícil entrever la concurrencia de elementos que pueda dar lugar a una tutela en el ámbito penal, al no tratarse de un acto de intensidad cuantitativa y cualitativa de relevancia penal, pudiendo en todo caso ejercitar cuantas acciones civiles correspondan para poner fin a la perturbación de sus derechos dominicales.

A ello cabe añadir que, en algunos supuestos en que la causa había llegado incluso a enjuiciamiento, como quiera que el interés de esas entidades era en realidad que el inmueble fuere desocupado, sin que existiera una voluntad de ejercer acusación contra los ocupantes, ni que estos fueran condenados en vía penal, los representantes de las entidades propietarias del inmueble ni tan siquiera se presentaban a juicio, lo que

motivaba suspensiones de vistas, o incluso que compareciera un letrado con poderes que carecía de conocimiento alguno sobre la situación concreta de la finca, ni cuándo había sido ocupada, ni en qué condiciones se venía ejerciendo por el titular el derecho de uso y disfrute sobre ella, por lo que los Fiscales se veían privados absolutamente de prueba de cargo, retirando incluso en ocasiones la acusación formulada, lo que conducía de forma inmediata al pronunciamiento absolutorio. De ahí que, tampoco cabe admitir que se utilice el recurso de la denuncia penal para conseguir así, de forma más rápida y menos costosa económicamente para dichas entidades, que el ocupante abandone la vivienda.

V. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LO 1/15 DE 30 DE MARZO

La consecuencia más relevante de la reforma, en relación al delito de ocupación del art. 245.2 CP, es que ahora constituye delito leve. Así, el art. 13 CP establece que son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. Por otro lado, el art. 33.4 CP establece que es pena leve la multa de hasta 3 meses. Y, por último, el apartado 4º del citado art. 13 establece que, cuando la pena por su extensión pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse que el art. 245.2 CP castiga el delito de ocupación no violenta con la pena de multa de 3 a 6 meses. En consecuencia, siendo la pena en su extensión mínima de carácter leve (3 meses), el delito tiene la consideración de leve, aun cuando en toda su extensión pueda imponerse una pena que no tenga menos grave (hasta 6 meses).

Tal modificación de la naturaleza del delito ha supuesto, en primer lugar, que las denuncias por ocupación de inmuebles deban tramitarse ahora conforme al procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves (art. 962 y siguientes LECrim) Así, en la mayoría de supuestos, los Jueces de Instrucción incoan ahora tal procedimiento sin plantearse la concurrencia de los elementos y la afectación del bien jurídico como se ha expuesto que venía haciéndose por algunos órganos judiciales.

Dicha novedad procesal implica, como primera consecuencia, que no podrán practicarse diligencias instructoras para esclarecimiento de los hechos, pues este procedimiento se caracteriza por su sencillez, de tal modo que en su caso se practicarán únicamente las diligencias mínimas de investigación relativas a determinar la identidad

del denunciado o las consecuencias que para la salud haya tenido una agresión física, o la determinación de las cuantías relativas a la posible indemnización. Por ello, en el caso de la ocupación de bienes inmuebles, lo que ocurre en la práctica es que si de la denuncia no se infiere quién es el presunto ocupante del inmueble y no existe atestado en el que se haya identificado a esa persona, ésta será la única actuación o diligencia que practicará el Juzgado de Instrucción: determinar la identidad de las personas contra las que debe dirigirse la acción penal. Pero no se practicarán de oficio otras diligencias para recabar indicios de criminalidad respecto a la conducta denunciada (título que legitima al denunciante, concreción del inmueble que resulta afectado, circunstancias en que se ejercían las facultades posesorias, requerimientos expresos de desalojo, etc). Por ello, desde la entrada en vigor de la reforma, se advierte en la práctica que en ocasiones, los perjudicados se limitan a interponer una denuncia poniendo en conocimiento que su vivienda ha sido ocupada y, seguidamente, reciben una citación a juicio, presentándose al acto de la vista sin aportar documentación alguna, o proponer prueba que permita corroborar los hechos alegados en la denuncia y que constituyen la base de la acusación.

A mayor abundamiento, siendo consciente el legislador de que con esta modificación los denunciados podían enfrentarse a la imposición de penas menos graves en un procedimiento de delitos leves, se promulgó la LO 13/15 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal que modificó el art. 967.1, en el que se establece que para el enjuiciamiento de los delitos leves que llevan aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos 6 meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación. Ello supone, en la práctica, que en un delito como el del art. 245.2 CP, deberá nombrarse Abogado y Procurador de oficio a los denunciados, pues el límite máximo de la pena es de 6 meses.

Así las cosas, ocurre de forma habitual que el particular que ha interpuesto denuncia por la ocupación de su vivienda, acude a juicio sin asistencia letrada alguna, por lo que en muchos casos la falta de asesoramiento supone una orfandad probatoria importante, pues en ocasiones no aportan ni tan siquiera el título que acredita su derecho, teniendo en cuenta que en el proceso penal la carga de la prueba incumbe a las partes acusadoras. Por el contrario, el denunciado está asistido de forma imperativa por Letrado, por lo que la defensa de sus intereses suele ser mucho más acorde con las posibilidades que ofrece un procedimiento caracterizado por la celeridad y sencillez como el previsto para el enjuiciamiento de delitos leves.

En cuanto a las circunstancias que rodean a las conductas denunciadas, aun cuando ya se ha dicho que en la actualidad el nuevo trámite procesal ha supuesto que la mayoría de Juzgados incoen el procedimiento de delitos leves en todos los casos, considero que no puede descartarse que el Instructor pueda seguir examinando los términos de la denuncia para determinar si ya inicialmente no reviste la conducta caracteres de infracción criminal. Nada obsta, por tanto, a que en aquellos supuestos antes examinados respecto a los inmuebles adjudicados a las entidades bancarias, sobre los que nunca han ejercido facultades posesorias, pueda archivarse la denuncia sin necesidad de citar a las partes a juicio de delito leve, pudiendo aplicarse los razonamientos anteriormente esgrimidos para justificar tal resolución judicial y, todo ello, dejando a salvo las acciones que correspondan al titular registral para proteger su derecho mediante el ejercicio de la acción civil que corresponda.

Por otro lado, el carácter sencillo y la celeridad que caracteriza al procedimiento para enjuiciar delitos leves, limita también la posibilidad de adoptar medidas cautelares, pues como quiera que en principio no cabe realizar diligencias instructoras, en aquellos casos en que se solicita la adopción de una medida como el desalojo de los ocupantes, la mayoría de los Jueces suelen relegar dicha decisión a sentencia, o cuanto menos al acto de la vista, dada la hipotética inmediatez con la que debe celebrarse el juicio. No obstante, no cabe tampoco olvidar que la reforma ha supuesto que los delitos leves prescriban ahora por el transcurso de 1 año (a diferencia de lo que ocurría con las antiguas faltas que prescribían a los 6 meses), por lo que en algunos órganos judiciales con una gran carga de trabajo, el señalamiento del juicio de delito leve puede tener lugar varios meses después de la interposición de la denuncia por lo que, en su caso, el particular ve pospuesta la resolución, viéndose así privado de recuperar la posesión de forma cautelar. E incluso, en el caso de que la sentencia fuere condenatoria y acordare el desalojo para dar efectividad a dicho pronunciamiento, lo cierto es que no podría llevarse a efecto de forma inmediata –salvo que se acordara como medida cautelar-, sino que debería esperarse a que adquiriere firmeza y, precisamente, en este aspecto estando los denunciados asistidos de Letrado de oficio existe una gran probabilidad de que la sentencia sea recurrida.

Asimismo, si bien con anterioridad no era en modo alguno frecuente que los presuntos ocupantes fueren detenidos por la fuerza pública (ni tan siquiera en los supuestos de ser sorprendidos en delito flagrante, salvo muy excepcionalmente), el

hecho de que la conducta sea ahora constitutiva de delito leve impide legalmente tal privación cautelar de libertad, pues el art. 495 LECrim establece que no se podrá detener "por simples faltas" a no ser que el reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio del agente que intente detenerle, referencia a las "faltas" que, con la nueva regulación, es extensible a los "delitos leves".

Por último, cabe tener en cuenta que la reforma trae consigo otra consecuencia importante. Si antes decía que existían escasas resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia, con la nueva regulación ya no podrá el Alto Tribunal pronunciarse al respecto, pues el art. 977 LECrim establece que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno, lo que veda la posibilidad de recurso de casación[15]. Ello supone, en la práctica, que serán las Audiencias Provinciales las que seguirán estableciendo los criterios en relación a esta conducta delictiva lo que, como se ha visto hasta el momento, impide un criterio interpretativo uniforme.

VI. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora expuesto se infiere que las ocupaciones de bienes inmuebles constituyen una de las conductas que más se denuncian en nuestros días, al haber aumentado exponencialmente las entradas ilegales en viviendas desocupadas de forma permanente o temporal. Muchas de estas ocupaciones tienen su origen en la crisis económica que ha llevado a muchas familias a una situación de precariedad económica que le impiden el acceso a la vivienda. Sin embargo, en algunos casos, se advierte que no existe tal motivación sino que se pretende favorecer y generalizar una actitud trasgresora de las normas de pacífica convivencia y de respeto a los derechos de los demás, accediendo a viviendas para poder residir en ellas sin abonar renta alguna, consumiendo incluso energía eléctrica o gas a costa de otras personas que tienen contratados los suministros, de suerte que algunas personas han hecho de esa ocupación un modo de vida de tal forma que esperan a ser desalojados de una vivienda para acceder seguidamente a otra. Asimismo, se observa que algunos se aprovechan de la desocupación de viviendas para generar un "negocio" que les proporciona beneficios económicos, a costa de acceder por la fuerza en los domicilios, cambiar las cerraduras y entregar las llaves a terceros a cambio del pago de una cantidad puntual o periódica.

[15] Acuerdo Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016.

En muchos casos, los inmuebles ocupados pertenecen a entidades bancarias al haberles sido adjudicados en un procedimiento ejecutivo, tras el desalojo de los propietarios que no habían podido hacer frente a las cuotas hipotecarias, por lo que en la mayoría de los casos siguen estando desocupados, siendo aprovechada dicha circunstancia por quienes quieren gozar de una vivienda sin abonar a cambio cantidad alguna. No obstante, también han aumentado los casos en que esas ocupaciones se llevan a cabo sobre segundas residencias de particulares que ven así gravemente perturbados sus derechos dominicales y, en concreto, la posesión pacífica, efectiva e inmediata sobre el bien inmueble.

De ahí que el delito de ocupación no violenta que castiga el art. 245.2 CP es, en la actualidad, una de las conductas que con más frecuencia se someten a la jurisdicción penal, si bien la evolución doctrinal y jurisprudencial indica cuáles deben ser los elementos que tienen que concurrir para que la acción pueda ser constitutiva de delito, advirtiéndose que la corriente mayoritaria mantiene un criterio restrictivo basado en los principios que informan el Derecho Penal, de tal forma que habrá que distinguir las situaciones denunciadas para determinar si existe vulneración del bien jurídico protegido, esto es, la posesión efectiva del bien inmueble y, así, concluir si estamos ante un acto perturbador relevante y grave que justifica la intervención de los mecanismos penales o, por el contrario, si no estamos más que ante un ilícito civil y, por tanto, debe acudirse a dicha jurisdicción para la protección de los derechos dominicales sobre bienes inmuebles.

Siendo una de las funciones del Juez Instructor la de examinar si la conducta denunciada reviste los caracteres de delito y si existen indicios suficientes de criminalidad contra persona determinada, para alcanzar dicha conclusión provisoria deberá analizar las circunstancias que rodean a la ocupación del bien inmueble y, en particular, la naturaleza y alcance de los derechos que sobre él venía ejerciendo su titular que ha sido desposeído del bien. Por ello, considero que pudiendo presentarse ante el instructor situaciones y circunstancias distintas, no puede pretenderse que se dé una solución unitaria y uniforme para cualquier tipo de ocupación, sin que ello pueda calificarse de una injerencia de los órganos judiciales en las funciones legislativas, ni un activismo que no le corresponde ejercer, sino que en realidad se trata no sólo de interpretar las normas conforme a la realidad social del momento en que deben ser aplicadas como exige el art. 3 Código civil y, además, de aplicar los principios

inspiradores del Derecho Penal y, en concreto, el de subsidiariedad, ultima ratio, proporcionalidad y necesidad de pena.

En atención a ello considero que, cuando de la propia denuncia se infiere que no concurren los elementos que el tipo del art. 245.2 CP requiere y, en particular, que la conducta perturbadora no es penalmente relevante por no infringir el bien jurídico protegido, es perfectamente admisible que se archiven esas denuncias sin practicar ninguna diligencia instructora, más aún tras la entrada en vigor de la LO 1/15 que ha relegado el delito del art. 245.2 CP a la categoría de delito leve y, por tanto, el enjuiciamiento se sustancia a través de un procedimiento sencillo y rápido que no admite la práctica de diligencias de investigación, más allá de identificar a la persona que presuntamente ocupa el bien inmueble sin autorización del titular. Y esto es lo que ocurre en la mayoría de supuestos en que los titulares registrales de esos bienes inmuebles son las entidades de crédito que los han adquirido a través de una ejecución hipotecaria y nunca han ejercido sobre ellos de forma efectiva las facultades posesorias.

Defender lo contrario, tras la reforma procesal, significaría emplear los ya escasos recursos con los que cuenta la Administración de Justicia tanto personales como materiales y crear molestias innecesarias a la ciudadanía (haciéndoles comparecer a un juicio), para celebrar un juicio por delito leve que terminará con una sentencia que absuelva al ocupante, al no ser la conducta constitutiva de infracción penal. De este modo, en esos casos, el archivo de la denuncia en base a lo dispuesto en el art. 779.1.1 LECrim no implica dejar desprotegidos los derechos dominicales de los titulares de esos bienes inmuebles ocupados, sino que éstos cuentan con un amplio elenco de mecanismos jurídicos para poner fin al acto perturbador, ejercitando para ello las acciones civiles que correspondan.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCELLS LLADOS, J, La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

COBO DEL ROSAL, M, La nueva concepción del delito de usurpación. Pub. www.lawyerpress.com

GÓMEZ IBARGUREN, P, El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho español, Barcelona, Bosch, 2009.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J, La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario. Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ. Derecho y Vivienda. X-2005.

HERRANS CASTILLO, R, Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 435, abril 2000.

HUERTA TOCILDO, S., La protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, Civitas, 1980.

MANGAS CAMPOS, A, La interpretación del art. 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Diario La ley nº 8762, Sección Doctrina, 28 de diciembre de 2015. Ed. La Ley.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R./VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M, Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas", Sepin, mayo 2012.

RUIZ BLAY, G, La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. Diario La Ley nº 8429, Sección Dossier, 26 noviembre de 2014. Ed. La Ley.

SERRANO PIEDECASAS, J.R, La Usurpación (Título Xiii, Cap. V CP). Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. XIII-2004.

* * * * * *

Rocío Gutiérrez Gallardo
Letrada Sustituta de la Administración de Justicia, Tarragona. Socia de la FICP.

~El abandono animal. De la falta al tipo atenuado~

¿Mamá, me compras un cachorrito para mi cumple? Con esta inocente pregunta puede empezar el abandono, pues muchos humanos no son conscientes a la hora de adquirir un animal como mascota, que el cachorrito crece, que al peluche hay que sacarlo a pasear varias veces al día y se le debe prestar atención, tanto afectiva como sanitaria, lo que comporta no pocos gastos, sumado al hecho de que cuando llegan las ansiadas vacaciones de verano, pocos son los hoteles que reciben a nuestro amigo perruno o gatuno con los brazos abiertos.

Por todo ello, en el año 2014cada hora fueron abandonados en toda España 16 perros y gatos según un estudio de la fundación Affinity[1], lo que supuso un total de 106.781 perros y 33.410 gatos que se quedaron tirados a su suerte en una cuneta o en la puerta de alguna protectora de animales, en el mejor de los casos. Entre las razones que se alegaron para el abandono de animales de compañía se encuentran los problemas económicos (16,1%), las camadas inesperadas (13,4%), el comportamiento del animal (11,9%), la pérdida del interés por el animal (9,3%) y el fin de la temporada de caza (9,1%) de lo que se desprende que muchos de estos abandonos podrían haberse evitado con una correcta planificación por parte de sus propietarios.

I. BREVE REPASO A LA LEGISLACIÓN

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, contempló, por primera vez el maltrato animal como falta en el artículo 632. Con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se tipifica como delito por primera vez, en su artículo 337, el maltrato a los animales domésticos, manteniendo como falta los supuestos más leves de maltrato a los animales domésticos y a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, asimismo, introdujo como conducta típica el abandono de animales como falta en el artículo 631.

El término "ensañamiento" produjo no pocos quebraderos de cabeza, por lo que la posterior Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, eliminó el requisito del ensañamiento para entender la conducta como delictiva y añadió como objeto de protección al

[1] Fundacion Affinity 2014.

denominado "animal amansado". Además, aumentó la multa para el abandono de animales domésticos e incluyó la participación del maltratador en programas formativos de protección de animales. Pero esto no parecía suficiente para una sociedad cada vez más sensibilizada en el respeto y la protección animal. Esa mayor sensibilización social fue escuchada por el legislador y con la última reforma del Código Penal se ampliaron las categorías de animales penalmente protegidos, no solo a los que ya constaban en la legislación anterior, animales domésticos y amansados, sino también a los animales habitualmente domesticados, es decir, aquéllos que viven bajo el control humano.

Como establecía la Circular de la Fiscalía 7/2011[2], los animales amparados por el artículo 337 del Código Penal comprenden los animales de compañía (perros, gatos, hurones…), los animales silvestres, exóticos o salvajes como iguanas, camaleones o serpientes, adquiridos como animales de compañía dependientes del ser humano para su subsistencia, así como los animales de producción o de consumo y los destinados a la carga. Ahora hay que añadir, por ejemplo, entre una larga lista de animales que viven bajo el control humano, a todos aquellos animales salvajes que están en cautividad bajo determinadas circunstancias.

II. LA ACTUAL LEGISLACIÓN

La Ley Orgánica 1/2015 añade una nueva conducta delictiva al tipo general consistente en la explotación sexual de los animales, aumenta la pena mínima de prisión a imponer por el delito de maltrato animal (de tres meses pasa a tres meses y un día, con lo que se pasa de delito leve a menos grave) y añade a la pena de prisión y la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales, la pena de inhabilitación para la tenencia de animales, que podrá ser temporal o permanente.

En mi opinión, esta novedad es aplaudible y representa un avance para evitar que personas que han sido condenadas por maltratar a un animal, puedan seguir haciéndolo con otros, pero critico la falta de concreción del legislador, pues no precisa la norma si la prohibición se refiere únicamente a poder constar como propietario del animal, o si el maltratador podrá convivir, por ejemplo, con el perro propiedad de su esposa.

La conciencia social respecto al trato que los humanos debemos dar a los animales aumenta día a día. Por suerte, existe un incremento de la sensibilización de la sociedad

[2] Circular de la Fiscalía 7/2011.

en general con la causa animal y nos alegran noticias como con la que amanecíamos el pasado 21/10/15, fecha en la que entró en prisión el primer español por haber matado a palos, literalmente hablando, a su caballo Sorky tras haber obtenido una mala clasificación en una carrera.[3] En la ejecutoria de 21/09/15, la Magistrada del Penal nº 8 de Palma de Mallorca resolvió, en mi humilde opinión, de forma innovadora, valiente y magistral el ingresó en prisión del acusado, a pesar de que éste recurrió en reforma la denegación de la suspensión de la pena y la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Motiva la Magistrada su auto de entrada en prisión que "…*la* [4]*muerte a palos en humanos y en animales, es una de las más angustiosas lo cual es de público conocimiento y además puede ser no inmediata sino producir una agonía que puede durar varios minutos como mínimo, por lo que es evidente que menospreció la vida del caballo, solo porque se enfadó por la mala carrera de Sorky, dice la sentencia. Por todo ello la muerte a palos de este caballo sano, solo puede explicarse desde un menosprecio de su vida (que podía haber durado más años) y matarle con tal método que le causó una lenta y angustiosa agonía fue maltratarlo injustificadamente e innecesariamente*…"

"…*La muerte atroz de este caballo de carreras en su propia cuadra del Hipódromo, es una aberración en el siglo XXI, y la indignación ciudadana mallorquina está justificada y es legítima y por tanto la ejecución de la respuesta punitiva del Estado debe ponderar con especial interés en este caso, no solo la reinserción social del delincuente, sino los otros fines de la pena*."

Resoluciones como éstas evidencian que el sistema judicial, junto con la sociedad está avanzando en materia de protección animal, que resultan aberrantes hechos como los descritos y que hay valentía e interés en que no queden impunes. Pero aún queda mucho por hacer, a día de hoy, con el reciente Código Penal, el abandono animal sigue quedando en un segundo plano. Se sigue diferenciando entre maltrato y abandono, y la reforma no mejora en el sentido de que sigue entendiendo al abandono como una conducta menos leve, cuando en realidad, con el abandono se está condenando a una muerte segura al animal que, por haber vivido en cautividad o entre humanos desde su

[3] Sentencia 173/15 de 30/04/15, del Penal nº 7 de Palma de Mallorca.
[4] Auto de 21/09/15 del Juzgado Penal nº 8 de Palma de Mallorca.

época de cachorro, no sabe valerse por sí mismo fuera del hábitat en el que vivió hasta que creció y el humano se cansó de cuidarle.

El nuevo artículo 337 bis del Código Penal exige para que el abandono sea penado, que la vida del animal corra riesgo, requisito que plantea verdaderos problemas a nivel de prueba. Habrá conductas como dejar a un perro en una cuneta de la autopista, de claro abandono, pero ¿qué pasa con el vecino que tiene todo el día a su perro solo, hasta las 10 de la noche que vuelve de trabajar, atado en el balcón?, ¿esa conducta no se entiende abandono porque se le ha dejado un pequeño bebedero y algo de pienso?, si el can pudiera hablar diría que se siente 100% abandonado.

III. LOS PAÍSES BAJOS, UN EJEMPLO A SEGUIR

La problemática de los animales domésticos abandonados no se tiene muy en cuenta en los gobiernos del mundo, aunque existen excepciones, como en el caso de Holanda, uno de los países delanteros en los que a iniciativas para un mundo más consciente en este tema se refiere. Esta vez nos ha sorprendido con un dato que tiempo a tras sonaba a utopía, al convertirse en el primer país sin perros callejeros[5].

No siempre ha sido así. En el siglo XIX, la cantidad de perros que había en Holanda era de las mayores de Europa. Esto trajo como consecuencia un preocupante brote de rabia entre la población neerlandesa, que, sumado a las escasas medidas higiénicas de la época, se convirtió en una de las principales causas de mortalidad de la zona. La población empezó a abandonar sus mascotas ante el miedo de una posible pandemia.

A esto se le suma una tendencia común en la población en los últimos años, que es la de abandonar los perros que no son de raza. Llegó un momento que los animales callejeros empezaron a poblar masivamente las calles hasta niveles preocupantes, por lo que el Gobierno holandés decidió tomar cartas en el asunto, asumiendo los costes de las castraciones y organizando campañas de castración masivas para esterilizar a las mascotas de forma gratuita.

Pero, además, a nivel legislativo, el Gobierno de Holanda creó una de las leyes más dura de Europa en lo que al abandono de animales se refiere, ya que las multas por abandono y maltrato animal pueden llegar a ascender los 16.000 euros e incluso se

[5] GÓMEZ RUÍZ, Lara (http://LAVANGUARDIA.COM/AUTORES/LARA-GOMEZ-HTML) Barcelona 17/07/2016.

prevé, para los casos más graves, la imposición de penas privativas de libertad de hasta 3 años deduración. Penas muy alejadas a las de nuestro Código Penal. Asimismo, Los Países Bajos cuentan desde 2011 con un grupo policial llamado Animal Cops, especializado en hacer frente a la crueldad y abandono hacia los animales y dentro de éste, desde el pasado 2015 existen más de 500 agentes entrenados de forma específica para conocer y hacer cumplir con eficacia las leyes en contra del maltrato animal y tomar medidas contra la crueldad y matanza de animales, negligencia animal, sexo con animales, pornografía con animales o caza furtiva. El curso de formación de los Animal Cops abarca legislación sobre crueldad animal, reconocimiento del sufrimiento en los animales, competencias de los agentes de policía animal, confiscación de animales y procedimientos para reportar estos abusos[6].

En España parece que vamos tomando ejemplo de países vecinos y han sido varias las iniciativas en los últimos meses para que tanto los policías o guardias civiles como los ciudadanos y los animales se sientan más seguros. La última, y una de las más completas, se ha llevado a cabo en Logroño. Auspiciada por el Gobierno de La Rioja a través de su Escuela Riojana de la Administración Pública, y apoyada por la Red de Protección Canina, ha formado a 20 agentes durante cuatro días. Lo destacable del curso, además del apoyo institucional y haber llenado las plazas disponibles, ha sido el carácter multidisciplinar de los ponentes.

Además de la riojana, otra administración que ha dado pasos firmes para formar a sus servidores públicos en protección animal es la de Fuenlabrada (Madrid). Desde el pasado 1 de junio, el Ayuntamiento cuenta con una patrulla especializada en perseguir este tipo de delitos. Se llama 'Antón', en homenaje al perro asesinado a palos que encontró la policía abandonado en este municipio. Desde el consistorio subrayan que no han hecho más que escuchar a los ciudadanos. La concejala de Seguridad Ciudadana, Raquel López, asegura que el nuevo grupo de trabajo nace como respuesta a “una reclamación social cada vez mayor”.

En Galicia también se están dando los primeros pasos para formar a agentes en la lucha contra el maltrato animal y las situaciones de intervención con animales. Recientemente, una treintena de agentes y empleados públicos asistieron a un curso en A Pobra (A Coruña), donde recibieron información legislativa y práctica con la implicación de asociaciones como la protectora Vox Ánima o el despacho especializado

[6] https://www.veoverde.com/2014/08/policia-holandesa-para-actuar-contra-la-crueldad

en derecho animal DeAnimals. Una formación similar recibieron policías locales el pasado mes de marzo en Palma de Mallorca, donde estuvo de nuevo presente María Jesús Campos Barciela, conocida coloquialmente como 'la jueza de los animales'. Igual de destacable es el trabajo de la Asociación de Policías por la Defensa Animal (APDA), que de manera continuada ha ido elaborando manuales y protocolos para ayudar a las administraciones y a los agentes en su día a día, así como con cursos e índices de maltrato que ayudan a hacerse una idea de lo que queda por luchar aún para erradicar de forma definitiva el abuso sobre los animales.[7]

IV. CONCLUSIÓN

Decía Gandhi que la grandeza de una nación y su progreso moral se puede medir por la manera en que ésta trata a sus animales.

Es evidente que España ha avanzado mucho en lo que a derecho animal se refiere, pero aún queda un largo camino por recorrer, pues seguimos siendo el país de Europa con mayor tasa de abandono animal y, a día de hoy, el Código Penal sigue entendiendo el abandono animal como una conducta menos leve respecto del maltrato, imponiendo por esa conducta atroz penas pocos severas, cuando en realidad, con el abandono se está condenando a una muerte segura al animal que, por haber vivido en cautividad o entre humanos desde su época de cachorro, no sabe valerse por sí mismo fuera del hábitat en el que vivió hasta que creció y el humano se cansó de cuidarle.

* * * * * *

[7] http://www.eldiario.es/caballodenietzsche/policias-protegen-animales_6_527807242.html

M.ª Francisca Caridad Juárez Vasallo
Magistrada Suplente, Valladolid. Socia de la FICP.

~La responsabilidad civil por hechos ajenos derivada del delito. Especial referencia a la responsabilidad de padres y tutores~

Resumen.- se aborda en este trabajo el estudio de la responsabilidad civil por hechos ajenos, llamada también vicaria, en su doble aspecto normativo, tanto desde el sistema civil como penal, comparando ambas regulaciones, para estudiar seguidamente la responsabilidad civil por hechos ajenos derivada del delito, con especial referencia a la de padres y tutores. Se ofrece un análisis de la regulación de ésta en el Código Penal y en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor que ayuda a su comprensión y ahonda en sus diferencias y analogías.

Sumario.- I. Introducción. La responsabilidad civil por hechos ajenos en el derecho español. II. La responsabilidad civil por hechos ajenos derivados del delito. Diferencias con la responsabilidad civil del art. 1903 cc. III. La responsabilidad de padres y tutores.

I. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS AJENOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español coexisten tres sistemas de responsabilidad por hechos ajenos: uno, administrativo, para los daños causados por funcionarios y empleados públicos, lo que conocemos como responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, que la nueva Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –entrará en vigor el 1 de Octubre de 2016- mantiene en forma similar); otro, civil, para los causados por particulares a otros particulares (Código Civil de 1889); y un tercero, también civil -pero aplicado por los tribunales penales-, para los daños causados por hechos tipificados como delito por el Código Penal de 1995 y otras leyes penales (art. 120 y 121 CP).

La razón que explica la doble regulación de la responsabilidad civil es histórica: en España la codificación penal precedió a la civil y, siendo necesario regular la responsabilidad civil derivada de delito o falta, fue preciso incluirla en el Código Penal, si bien se hizo con vocación provisional y sin perder nunca su carácter civil.

El primer Código Penal que reguló la cuestión fue el de 1822 y cuando mucho después se aprobó el Código Civil de 1889, su artículo 1092 se remitió al Código Penal para todo lo relacionado con la responsabilidad civil derivada de delito o falta. Pantaleón Prieto[1] sostiene que la doble regulación de la responsabilidad civil en los

[1] PANTALEÓN PRIETO, F, Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Madrid, Ed. Tecnos, 1985, pp. 1973 y ss.

Códigos civil y penal no constituye un supuesto de concurso de pretensiones, sino un concurso de normas fundamentadoras de una misma pretensión, tesis en virtud de la cual el Juez civil o penal puede estimar la pretensión del actor con base "en cualquier norma reguladora de la misma, se contenga en el Código civil o en el Penal y aunque no haya sido alegada por el perjudicado demandante". Así, como señala Yzquierdo Tolsada,[2] la responsabilidad del principal en el artículo 1903 CC es directa, y sólo subsidiaria en el artículo 120 CP.

La responsabilidad civil por hechos ajenos se encuentra, por tanto, regulada tanto en el Código Civil como en el Código Penal. Es por ello que la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad vendrá determinada por la tipificación como delito o no del hecho ilícito causante del daño. Si se aplica el Código Civil, la responsabilidad civil por hecho ajeno se encuentra regulada, fundamentalmente, en el art. 1903 CC. Si el hecho ilícito es constitutivo de delito, se aplicarán los artículos 120 o 121 CP.

Señala Salvador Coderch[3] que la existencia de una regulación específica de reparación de daños en los casos en que éstos sean consecuencia de delitos tiene una relevancia que va más allá de la anécdota histórica: si el daño se ha causado de forma dolosa o, habiendo sido negligente, ha afectado a la integridad corporal de la víctima, resulta inimaginable que el comportamiento del causante no esté tipificado como delito en el Código penal. Los daños corporales más graves cuentan con la protección de la jurisdicción penal y, en ausencia de reserva de acciones o, en los casos en que exista mientras no finalice el proceso penal, no podrá ejercitarse ninguna acción ante un juez civil.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS AJENOS DERIVADOS DEL DELITO. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ART. 1903 CC

En el sistema civil de responsabilidad por hecho ajeno, previsto por el artículo 1903 del CC, en el caso concreto de responsabilidad de padres, tutores y maestros, la responsabilidad se caracteriza por ser:

1. Directa: puesto que la víctima puede dirigirse contra el responsable sin necesidad de hacerlo contra el causante del daño.

[2] YZQUIERDO TOLSADA, M. Aspectos civiles del Nuevo Código Penal. 1997. Dykinson. Madrid, p.55.

[3] SALVADOR CODERCH, P/GÓMEZ LIGÜERRE, C, De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización, Revista InDret, Barcelona, julio 2002, p. 6.

2. Por culpa presunta: la culpa del padre y tutor es subjetiva; éstos responden por el causante salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, esto es, deben probar que vigilaron a quienes estaban bajo su guarda con toda la dedicación y cuidado que se presupone en un buen padre de familia, que no es otra que la diligencia media en relación con el sector del tráfico en que la persona tomada en consideración realiza su actividad.

3. No exclusiva: la víctima tiene acción contra su causante directo aunque se dirija contra el responsable.

4. Solidaria: en el régimen civil general, la responsabilidad por hechos ajenos es a un tiempo vicaria[4] y solidaria pues la víctima puede dirigirse contra el causante del daño, contra el responsable o contra ambos; y en caso de que sean varias las personas que deben responder por el hecho de otro, todas ellas lo harán frente a la víctima de forma solidaria. Así ocurrirá cuando se declare la responsabilidad de los padres (ambos progenitores responderán indistintamente si concurren los requisitos legales para ello), cuando sean varios los dueños o directores de un establecimiento o empresa o los titulares de un centro docente de enseñanza no superior.

Sin embargo, el derecho de repetición no es igual para todos los responsables por hecho ajeno. Sólo se reconoce con carácter general una acción de repetición a favor de los empresarios contra sus dependientes causantes directos de daños. En cambio, los titulares de centros docentes sólo podrán reclamar de los maestros encargados de la guarda de los alumnos causantes de daños cuando se pruebe que actuaron con dolo o culpa grave. Por último, en el caso de los padres y tutores, el Código civil no prevé acción de repetición alguna contra, respectivamente, sus hijos y pupilos.

La responsabilidad civil por hechos ajenos en el sistema penal difiere sensiblemente del sistema civil. Se podría decir que ésta es:

1. Subsidiaria: los responsables civiles responderán en defecto de los penalmente responsables por la comisión de delitos. Aunque no será necesario denunciar a los dos en el proceso penal pues la acción responsabilidad civil la ejerce el Ministerio Fiscal en todo caso. Una vez pagada la indemnización, la acción de repetición quedará excluida

[4] En la responsabilidad vicaria regulada en el *Common Law*, una persona responde por el daño causado por otra, aunque no haya incurrido en ningún género de culpa o negligencia.

en muchos casos por la lógica misma de la responsabilidad subsidiaria que presupone la insolvencia del causante del daño.

Como excepción se cuenta, sin embargo, la responsabilidad por los hechos de un menor de las personas que enumera el art. 61 de la LORPM, pues como dice la ley "responderán solidariamente con él".

2. Objetiva: la regulación penal no prevé, con carácter general, la posibilidad de la prueba de la diligencia del responsable subsidiario. No existe, a diferencia de lo que ocurre con el último párrafo del artículo 1903 CC, cláusula general alguna que permita la exoneración de responsabilidad cuando se pruebe un nivel dado de diligencia exigible. Las reglas civiles de responsabilidad por hecho ajeno del Código penal tratan mejor a padres y tutores que a empresarios y titulares de centros docentes. Sólo los primeros podrán exonerarse de responsabilidad si prueban que actuaron con la diligencia debida.

Por último, las normas civiles y penales de responsabilidad por hecho ajeno contenidas en los artículos 1903 CC y 120 CP regulan de forma similar supuestos heterogéneos que únicamente tienen en común la existencia de una relación de dependencia o subordinación entre el causante y el responsable del daño. Los distintos supuestos de hecho pueden reconducirse a dos grandes categorías de dependencia: la derivada de una relación familiar o asimilable a ella y la originada en una relación laboral o profesional.

El art. 120 CP, considera responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente a:

a. Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

b. Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revisas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212.

c. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los

dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

d. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

e. Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Procederemos, a continuación, al estudio pormenorizado de la primera de ellas: la responsabilidad civil por hechos ajenos derivados del delito de padres y tutores y a analizar las diferencias y analogías con la responsabilidad civil de padres y tutores del art. 1903 CC.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y TUTORES

Mientras en el sistema civil el artículo 1903 CC, al ocuparse –en los dos primeros párrafos- de la responsabilidad de padres y tutores, no hace mención alguna a la edad de los hijos, refiriéndose únicamente a los que se encuentren bajo su guarda o, caso de los tutelados, a los que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía, en el sistema penal se establece claramente que los padres o tutores responden por los daños y perjuicios causados por delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía.

Hay que entender, pues, que la norma civil es de aplicación a los daños causados por menores de edad o por mayores a los que se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad. El equivalente penal, sin embargo, es de aplicación a los daños causados por mayores de edad sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan con el progenitor o tutor.

Para los casos en que el hijo sea mayor de catorce y no supere los dieciocho años será de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El artículo 61.3 de la norma prevé que: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores

y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o culpa grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos".

La responsabilidad civil de los sujetos enumerados en el art. 61.3 LORPM es una responsabilidad objetiva. Los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de un menor de dieciocho años no pueden exonerarse de responsabilidad por el hecho de haber observado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado por su hijo o tutelado. Por eso se dice que la responsabilidad civil prevista en la LORPM no es una responsabilidad civil por culpa. Lo único que puede hacer el juez de menores es moderar la responsabilidad pero no excluirla aunque se demostrara que actuaron con el máximo de diligencia posible. Del tenor literal del art. 61.3 LORPM no queda claro si la moderación de responsabilidad se dará entre el menor y el sujeto responsable o será posible también respecto de la víctima. Si fuera sólo entre el menor y el sujeto responsable, la moderación surtiría un efecto meramente teórico porque el menor causante del daño será insolvente y habrá de ser el otro responsable civil quien haya de satisfacer la totalidad de la cuantía indemnizatoria.

La LORPM regula un procedimiento especial en el que las víctimas de los delitos causados por menores de edad pueden reclamar la indemnización de los daños sufridos. No habrá problema en que, como en el régimen general, se reserven las acciones civiles para ejercerlas, finalizado el proceso penal, ante un juez civil[5].

En el caso de un mayor de edad incapacitado, la responsabilidad civil se regirá por el art. 120.1 CP, y caso de declararse inimputable, la responsabilidad civil se regirá por el art. 118 CP, respondiendo subsidiariamente los padres o tutores.

Según la regla primera del art. 118 CP, "en los casos de los números 1° y 3° (del art. 20, que regula las causas de exención de responsabilidad), son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables". "Los Jueces o Tribunales -añade- graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos".

[5] Así opina DURANY PICH, S, Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho penal de menores, Revista InDret, Barcelona, 2000, p.3.

La regla segunda del art. 118 señala que son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º del art. 20 CP.

Al examinar la naturaleza de esta responsabilidad nos encontramos con que se trata de una responsabilidad subjetiva, que exige la prueba de la culpa en los padres o guardadores del inimputable.

También parece que se trata de una responsabilidad directa, pues falta cualquier mención a la subsidiariedad, como hay, en cambio, en el vecino art. 120[6].

Hay dudas, en cambio, en cuanto a si se trata de una responsabilidad *in solidum* o parciaria. El último inciso del precepto, relativo a la graduación de la medida de las responsabilidades del menor y del responsable por sus hechos, no es meramente facultativo, sino imperativo, por lo que parece que el juez deberá siempre proceder a dividir la responsabilidad entre ambos sujetos y no solamente cuando concurra alguna particular circunstancia. Parece, por tanto, una responsabilidad parciaria.

Por otra parte, en el sistema civil no se exige que los padres o tutores vivan en compañía del causante de los daños para ser responsables de éstos. Los artículos 1903. 2 CC y 61.3 LORPM no exigen convivencia por lo que la responsabilidad puede exigirse en los casos de separación, judicial o de hecho, nulidad y divorcio. La guarda, sin embargo, es en todos los casos, un requisito para declarar la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos.

La regulación que el art. 120.1º CP hace de la responsabilidad civil de los padres o tutores de los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía es, ciertamente, digna de análisis. Si se refiere a los hijos que permanecen bajo patria potestad prorrogada, más allá de la mayoría de edad, el precepto se superpone completamente con el art. 118, pues sólo los que padecen una deficiencia intelectual pueden quedar sujetos a aquel régimen. Cabanillas Múgica[7] considera que, por tanto, el texto se refiere impropiamente a los hijos mayores de 18 años que tan frecuentemente en nuestros días permanecen en el hogar paterno. Otros autores, por el contrario, opinan que el único campo de acción del art. 120.1º CP es el de los padres de

[6] Sin embargo, *obiter dicta*, una Sentencia del Tribunal Supremo de 26/03/99 califica la responsabilidad del art. 118.1º CP como subsidiaria al afirmar: "También en dicha regla se exige para que surja la responsabilidad civil subsidiaria de los que tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho a los menores exentos de responsabilidad criminal que hubieran incurrido o delito o falta, que haya mediado por parte de los primeros culpa o negligencia".

[7] CABANILLAS MÚGICA, S, Responsabilidad por hechos ajenos, Cuadernos de Derecho Judicial 16, 2004, p. 6.

mayores de edad sujetos a patria potestad, siempre y cuando dicho mayor de edad sea imputable.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 14/10/2002 hace un análisis de los requisitos que han de concurrir para que pueda aplicarse el art. 120.1º CP: *"En primer lugar ha de tratarse de un hecho cometido por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el art. 171 CC. En tercer lugar han de vivir en su compañía y en cuarto lugar debe existir por su parte culpa o negligencia"*

Según explica Yzquierdo Tolsada[8], parece ser que el precepto se redactó inicialmente con vistas a cubrir la responsabilidad por los mayores de edad penal (en aquel momento, 16 años) y menores de edad civil. Adoptada la decisión de unificar las mayorías de edad, se mantuvo posiblemente para cubrir los daños causados por los mayores de 18 con el vehículo de motor de sus padres.

En opinión de Cabanillas Múgica[9], y en la de gran parte de la doctrina, habrá que decantarse por entender que nos encontramos ante una duplicación normativa que hace que el precepto resulte, en la mayor parte de los casos, inútil.

Por último, el derecho español no prevé acción de repetición alguna a favor de padres y tutores contra el patrimonio de sus hijos y tutelados. Aún siendo cierto que, en el ámbito de las relaciones familiares, no parece muy práctica la política de indemnizaciones entre convivientes, tampoco parece justificable que el Código civil trate mejor a quien puede escoger a sus empleados y ajustar con ellos el sueldo o salario, las condiciones de trabajo y las características del servicio que van a prestar, que a quien trae hijos al mundo o decide aceptar el cargo de tutor.

En el Código civil español, padres y tutores responden de forma mucho más estricta que los empresarios: se aplica a los primeros un régimen de responsabilidad directa, cuasiobjetivada y carecen de acción de repetición. En cambio, los segundos

[8] YZQUIERDO TOLSADA, M, Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 265 y ss.

[9] CABANILLAS MÚGICA, S, Responsabilidad por hechos ajenos, Cuadernos de Derecho Judicial 16, 2004, p. 8.

responden igualmente de forma directa y cuasiobjetivada pero disponen de acción de regreso.

CONCLUSIÓN: La responsabilidad civil de padres y tutores por hechos dañosos de sus hijos o pupilos establecida en el Código Civil es una responsabilidad por culpa presunta, pudiendo exonerarse de tal responsabilidad siempre que prueben que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a objetivar esta responsabilidad pero siempre manteniendo la culpa como criterio de imputación. Sin embargo, la responsabilidad civil de padres y tutores por los hechos delictivos de sus hijos o pupilos menores de edad, prevista en la LORPM, es objetiva: los padres y tutores no pueden excusarse de su responsabilidad civil alegando el empleo de la máxima diligencia pues siempre responden solidariamente con sus hijos o tutelados. La ley solo permite una moderación en la responsabilidad de éstos si prueban que no han favorecido la conducta del menor con culpa o negligencia grave. Resulta paladino que el tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho dañoso del que han de responder los padres o tutores es diferente en ambos sistemas pues en el ámbito penal simplemente no es posible, en modo alguno, sustraerse a ésta por más que se haya utilizado toda la diligencia, cuidado, atención y prevención posible. Esta dualidad parece injustificable habida cuenta de que, con independencia de la causa del daño, éste puede ser idéntico en ambos casos, debiendo ser el criterio de imputación el que actuara como elemento decisorio para la determinación o no de responsabilidad en los padres y tutores.

BIBLIOGRAFÍA

CABANILLAS MÚGICA, S, Responsabilidad por hechos ajenos, Cuadernos de Derecho Judicial 16, 2004.

DURANY PICH, S, Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho penal de menores, Revista InDret, Barcelona, 2000.

NAVARRO MICHEL, M, La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Barcelona, Bosch. 1998.

PANTALEÓN PRIETO, F, Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Madrid, Ed. Tecnos, 1985.

SALVADOR CODERCH, P/GÓMEZ LIGÜERRE, C, De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización, Revista InDret, Barcelona, julio 2002.

SURROCA COSTA, A, La responsabilidad civil por hechos ajenos derivada del delito o falta. Universitat de Girona TD. 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, M, Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, Madrid, Dykinson, 1997.

* * * * * *

M.ª del Carmen de León Jiménez
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia de la FICP.

~La sustitución por expulsión del territorio nacional de las penas privativas de libertad~

I. INTRODUCCIÓN

Tras la reforma de la L.O. 1/2015 se establece un régimen único de suspensión, se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, con lo que se intenta asegurar que Jueces y Tribunales resuelvan una sola vez sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

La L.O. ha suprimido el artículo 88 CP, que regulaba el régimen ordinario de la sustitución de las penas privativas de libertad, y ha traído, entre otras muchas cosas, una nueva redacción del art. 89, es decir la disposición que regula las expulsiones judiciales: la sustitución de las penas privativas de libertad por expulsión, único supuesto que se mantiene como tal, ya que la sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad ahora se configuran como condiciones de la suspensión de la pena.

Hasta ahora la línea divisoria se situaba en los seis años de condena: para condenas inferiores a seis años, estaba prevista la expulsión directa, aunque rara vez se producía sin cumplir al menos el denominado periodo de seguridad; y para penas superiores a seis años se preveía la expulsión cumplidas las tres cuartas partes de condena, o cuando el penado accediera al tercer grado de tratamiento penitenciario, y siempre que se tratara de extranjeros en situación de irregularidad.

II. LA SUSTITUCIÓN POR EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

La nueva regulación ajusta el límite de la pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería. Los jueces y tribunales deberán establecer en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de cinco años.

La sustitución por expulsión se condiciona en todos los casos a la proporcionalidad de la medida.

El juzgador deberá examinar en primer lugar si el acusado tiene carácter de extranjero, de conformidad con lo establecido en el propio art. 1,1 de la Ley de Extranjería cuando declara que se consideran "extranjeros", a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. De igual forma deberá analizar la condición de este extranjero como no residente legal en España".

Expuestos los requisitos del alcance subjetivo de la norma, hay que detenerse de forma obligatoria en la situación de los extranjeros en situación irregular que son progenitores de niños de españoles, en los que hay que tener en cuenta no solo su *inexpulsabilidad* declarada por el Tribunal Supremo, sino las conclusiones derivas del estudio que de esta situación hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Gran Sala, de 8 de marzo de 2011(C/34/09) en la que se delimita el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios reconocida por el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que debe interpretarse "*en el sentido de que opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero que asume la manutención de sus hijos de corta edad nacionales de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de estos, la denegación conllevaría que los ciudadanos de la Unión se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.*"

Poniendo esta importante sentencia en consonancia con el art. 89 del Código Penal, puede decirse que el citado art. 89 circunscribe su ámbito de aplicación a los extranjeros que no sean ciudadanos comunitarios o asimilados, ni apátridas, ni refugiados, ni solicitantes de asilo, ni progenitores de ciudadanos de la Unión con dependencia normalizada, puesto que los mismos pese a no ostentar nacionalidad española, sin embargo ostentan residencia legal a todos los efectos

La Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, refiere cuando puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España:

1º) Permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada.

Los artículos 25 a 27 de la LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45

del RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

2º) Permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los artículos 30 de la LE y 29 y 30 del RE.

3º) Permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos que autorizaban la residencia, sin haber solicitado la renovación en el plazo reglamentario.

1. La reforma del artículo 89 del Código penal

El artículo 89 del Código Penal, en su versión anterior a la LO 2015, establecía que "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

Tras la reforma, el nuevo artículo 89 CP determina el límite mínimo de un año de la pena de prisión para poder acordar la sustitución por expulsión. Este precepto determina en su apartado 1 que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

El apartado segundo establece que cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada[1]

El Tribunal Supremo[2] refirió que "para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales, superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal", parece imprescindible, en primer lugar, ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, fundamentalmente, "para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión".

2. Naturaleza

El principio general es que en las penas cortas privativas de libertad el Estado renuncie a su cumplimiento, y lo sustituya por la expulsión del extranjero que delinque del territorio nacional, salvo razones excepcionales que justifiquen la ejecución de la condena en un centro penitenciario en España. En las penas largas, el Estado no puede renunciar a su cumplimiento (ejercicio del «ius puniendi»), pero deja en manos del Tribunal sentenciador el cumplimiento de una parte de la pena (o toda), para optar después igualmente por la expulsión.

La reforma, pues, pone en manos del Tribunal sentenciador todas estas decisiones referentes a la expulsión, como ya lo hiciera en otros apartados, como en el ámbito de la suspensión de las penas. Confiere la ley penal mucha más discrecionalidad judicial en la aplicación del caso concreto enjuiciado.

[1] Art. 89.4, primer párrafo.
[2] STS 8 de julio de 2014.

Por otro lado, en el artículo 89 del Código Penal, únicamente se expresa que la pena será sustituida por su expulsión del territorio español, sin aclarar cuál es el país de origen al que va a ser expulsado; sin embargo, parece razonable interpretar que lo sea a aquel en donde el extranjero tenga su ciudadanía, y siempre que tal Estado acepte como tal la medida.

3. Ámbito subjetivo

Pueden ser de dos clases: extranjeros no comunitarios y extranjeros ciudadanos de la Unión Europea.

a) Ciudadanos extranjeros no comunitarios

Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, solamente se consigna como ámbito sujeto de aplicación lo que la ley penal denomina «ciudadano extranjero», para referirlo a los no comunitarios, pues éstos tienen su regulación específica en el apartado 4 del art. 89 del Código Penal.

Al tratarse de ciudadanos extranjeros con residencia legal o ilegal, la cuestión del ámbito subjetivo de la norma queda más clarificada.

- Indocumentados
- En tránsito y documentados
- Extranjeros de segunda generación (lo impedirá por tesis general el arraigo)
- Refugiados o asilados. Están excluidos de la jurisdicción penal[3]
- Apátridas[4]

b) Ciudadanos de la Unión Europea

Por lo que respecta a los ciudadanos nacionales de países integrados en la Unión Europea, algunas Audiencias Provinciales[5] entienden que los ciudadanos comunitarios, es decir, los nacionales de un estado perteneciente a la Unión Europea, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin

[3] Artículo 44.1 y 45 Ley 12/2009, de 30 de octubre).
[4] Artículo 31.1 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y artículo 18 Real Decreto 865/2001, de 20 de julio).
[5] Acuerdo no Jurisdicciónal de 29 de mayo de 2004 de la AP de Madrid.

perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales. Según este criterio, por lo tanto, nunca resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 89 del CP a los extranjeros que sean nacionales de un país perteneciente a la Unión Europea (sin perjuicio de su posible expulsión administrativa conforme a las disposiciones de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

La nueva regulación, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de las familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del TJUE, aborda expresamente la cuestión limitando a determinados supuestos, de manera que la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

En síntesis, cabe afirmar que todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia—, o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario —Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (por virtud de Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza)—, tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter *originario*, de tal manera que no necesitan de reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa[6]

Asimismo, en el caso de un ciudadano de la Unión Europea, si éste hubiera residido en España durante los diez años anteriores, procederá la expulsión cuando además:

[6] Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses, artículo 7.1 RD 240/2007.

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del nuevo artículo 89 CP.

4. Momento para decidir sobre la expulsión

La nueva regulación establece que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena[7] por lo que entendemos siguen resultando aplicables las anteriores consideraciones jurisprudenciales.

En aquellos supuestos en los que hubiera de procederse a la expulsión del condenado extranjero, no habrá lugar, evidentemente, a materializar la misma hasta tanto la sentencia en la que se acuerde no alcance firmeza. De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modificaba la LOPJ, "*Los órganos jurisdiccionales comunicarán a la autoridad gubernativa las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad (o medida de seguridad) originariamente impuesta hasta tanto la autoridad administrativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*".

[7] Art. 89.3 del CP.

5. Efectos jurídicos de la expulsión

Ejecutada la medida de expulsión, como es lógico, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España[8]. Y debe tenerse en cuenta, además, que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen.

Por otra parte, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas.

La reforma de 2015 añade en el nuevo artículo 89.7 una excepción a lo anterior, al determinar con carácter general el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si el expulsado fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Se trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 del CP.[9]

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa[10]

[8] Antiguo art. 89.3 y nuevo art. 88.6.

[9] La Circular 5/2011 argumentaba que " si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en frontera".

[10] Nuevo art´.89.8 , primer párrafo.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.. Las razones de esa imposibilidad pueden obedecer a diferentes causas determinantes de la imposibilidad definitiva, apreciada por el órgano jurisdiccional, de que la administración gubernativa pueda ejecutar o materializar la expulsión del territorio nacional en un plazo razonable, ya sea porque como es frecuente, se desconozca la nacionalidad del condenado o el país extranjero no lo reconozca como nacional o no acepte a sus propios nacionales, porque obtenga la condición de asilado, etc.

Los supuestos en que no será de aplicación la sustitución de la pena de prisión por expulsión se amplían en la LO 1/2015 al delito al que se refiere el artículo 177 bis CP (trata de seres humanos), y se mantienen el resto de delitos ya introducidos en la regulación actual, referida a los artículos 312, 313 y 318 bis.

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa (art. 89.8).

El tiempo de estancia en CIE está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LO 4/2000.

Ante la posibilidad de que el extranjero deba quedar en libertad y a fin de evitar su fuga o desaparición, el CP prevé su internamiento hasta tanto sean expulsados.

La Fiscalía General del Estado ha señalado que el ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un CIE dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario –art. 62 *bis* LOEX– no solo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

Igualmente, el Consejo General del Poder Judicial informó que se establezca una previsión para el abono del tiempo de este internamiento para el caso de que finalmente

la pena de prisión haya de ser cumplida, bien porque la expulsión no ha podido llevarse a efecto, bien porque el extranjero expulsado regrese a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente (art. 89.7).

BIBLIOGRAFÍA

PALOMAR OJEDA, A., Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, Navarra, 2012.

RECIO JUÁREZ, M., La expulsión de extranjeros en el proceso penal, Madrid, Dyckinson SL, 2016

SELMA PENALVA, A., La expulsión de extranjeros del territorio español, Ed. Laborum, 2015.

* * * * * *

Antonio López Cambronero
Abogado, Cuenca. Socio de la FICP.

~El pago de intereses en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito~

I. INTRODUCCIÓN

La comisión de un hecho tipificado como delito conlleva unas consecuencias jurídicas: a) la pena, b) las medidas de seguridad, c) la responsabilidad civil y d) las consecuencias accesorias. Los efectos del delito no se circunscriben pues a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la norma, sino que a tales efectos suele acompañarle un efecto civil o daño civil consistente en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima del delito.

El artículo 109.1 del Código Penal de 1995 en su redacción por L.O. 1/2015 de 30 de marzo dispone: "la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar; en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados". La responsabilidad civil derivada del delito al igual que la responsabilidad penal, debe someterse a criterios de imputación objetiva, tal y como ha declarado nuestra jurisprudencia. En este sentido, la doctrina ha determinado que el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos: a) la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado y b) el resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción, es decir, el desvalor de la acción concretado en el resultado producido.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

El artículo 110 del actual Código Penal dispone al efecto: "la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1. La restitución.

2. La reparación del daño.

3. La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Por su parte el artículo 115 del Código penal dispone: "Los jueces y Tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán, razonadamente, en su resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución". Esta

determinación del quantum concreto de la cuantía indemnizatoria es materia reservada al prudente arbitrio de los jueces de Instancia, según ha establecido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 11 de marzo de 1996, 10 de octubre de 1998, 15 de Abril de 1999, entre otras[1])

III. LOS INTERESES DERIVADOS DE LAS RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

A la hora de estudiar los intereses derivados de dicha responsabilidad es preciso distinguir dentro de los "intereses legales", los denominados intereses procesales que se disciplinan en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los llamados intereses moratorios del artículo 1108, 1.100 y 1.101 del Código Civil.

1. Los intereses procesales

Considera la doctrina que estos intereses tienen la razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos "intereses procesales" son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses "punitivos" o "disuasorios" de la interposición de recursos temerarios; b) nacen ex lege; [o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una sentencia que condena al pago de cantidad líquida]; c) nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente...; d) nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

En cuanto a su cómputo, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la

[1] RUIZ BOSCH. La responsabilidad civil derivada del delito, Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L., 2015, p. 43.

misma. El art. 576 L.E.C. no deja margen a la duda: "desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos ..." y en el supuesto de confirmación de la resolución apelada, hay que entender aplicable la regla general establecida en el inciso primero del precepto, de que el cómputo de los intereses se iniciará el día en que se dicte la resolución en primera instancia, aun cuando el Tribunal de apelación no haya decidido a su prudente arbitrio sobre el pago de dichos intereses, debiendo, en todo caso, tomarse como base para su cálculo la suma fijada en segunda instancia cuando se haya producido la revocación parcial de la apelada (SS.TS. de 9 enero y 30 diciembre 1991 y 25 enero 1995; y Auto de esta misma Sala de 10 noviembre 1998).

El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas (SSTS de 10 de octubre de 2003 12 de mayo de 2009 y 8 de Julio de 2016).

2. Los intereses moratorios

Contrariamente a los intereses procesales, los "intereses moratorios", los intereses moratorios del art. 1108 Ccivil, tienen su origen en los perjuicios derivados del impago y se rigen por el pacto o convenio que pueda existir, de donde se deriva que siendo convencional su origen, la condena a los mismos tiene como previo presupuesto la petición de su abono por la persona concernida, y en cuanto a la fijación del *dies a* quo, se estima por tal, no el día de la comisión del delito, sino desde el día de la interpelación judicial que debe situarse, bien en el momento de la presentación de la querella o en otro caso desde el día de la presentación del escrito de Acusación --conclusiones provisionales--, pues es allí donde queda fijada la posición de la Acusación Particular tanto en relación a las cuestiones penales como a las civiles, y dentro de ellas, a la cuestión de los intereses.

En tal sentido, SSTS de la Sala II 1130/20004 de 14 de Octubre (RJ 2004, 6263); 605/2009 de 12 de Mayo (RJ 2009, 6622) ó 370/2010 de 29 de Abril (RJ 2010, 5563).

La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del Orden Civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1.108 en relación con

el 1.101 C.c., de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 L.E.C. (SS.T.S. de 18 de marzo de 1.993 (RJ 1993, 2023), 5 de abril de 1.994 (RJ 1994, 2937), 15 de noviembre de 2.000, 23 de mayo de 2.001 (RJ 2001, 6472)).

En cuanto a su cómputo, éste se efectúa desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1.100 Código Civil, de manera que así como -según dijimos anteriormente- los intereses procesales del art. 576.1 nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SS.T.S. (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1.994 (RJ 1994, 10242), 8 de febrero de 2.000 (RJ 2000, 623), 15 de noviembre de 2.000, 10 de abril de 2.001 (RJ 2001, 6674) y la de 5 de febrero de 2014, cuando declara que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda, a falta de reclamación anterior; o en su defecto, la de presentación del escrito de acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como acusador particular (SSTS de 3 de marzo de 2016 y STS 370/2010 de 29 de abril o la 488/2014 de 11 de junio).

3. Los intereses de mora en el Contrato de Seguro.

El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, redactado según Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, establece una serie de reglas si el asegurado incurriere en mora en el cumplimiento de su prestación, no obstante entendiendo válidas las cláusulas contractuales.

Nuestro Tribunal Supremo en orden a la imposición de los intereses determinados en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro ha declarado que éstos ni se imponen en todo caso y en todos los casos ni en el supuesto de su imposición se hace siempre a un tipo fijo, pues deben respetarse una serie de criterios legales para determinar si procede o no su imposición, su cuantía y el dies a quo para su cómputo, por lo que en consecuencia, no estamos ante una determinación ni imposición automática de los citados intereses (SSTS 22 de diciembre de 2008[2]).

¿Cuándo deben las aseguradoras consignar las cantidades para hacer frente a las indemnizaciones y evitar los intereses de demora fijados por la ley?. La jurisprudencia atiende no sólo a la fecha del siniestro, sino también al momento en el que haya podido establecerse una cuantía aproximada de la indemnización. En este sentido, no se

[2] RUIZ BOSCH. La responsabilidad civil, 2015, p. 130.

imponen los intereses de mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas ante el juzgado competente en 1ª instancia para conocer del proceso del que derivase el siniestro dentro de los 3 meses siguientes a su producción (SSTS de 8 de mayo de 2001). La consignación podrá efectuarse en dinero, aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

Cuando los daños causados a la personas superasen ese lapso temporal de 3 meses o su exacta valoración no pudiera determinarse, el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise y resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada por el asegurador, dentro de los límites fijado por la ley.

Ahora bien si existe una causa justificada o que no fuera imputable a la aseguradora no cabe imponer la referida sanción. Para que la aseguradora sufra las consecuencias de la demora por el impago, ha de tratarse de una conducta no justificada que fuese imputable a la propia aseguradora. En este sentido, la SAP de Huelva de 29 de junio de 2009 establece la responsabilidad de la aseguradora por mora al concurrir dos requisitos: la responsabilidad de su asegurado que era evidente y que la cantidad consignada se realizó fuera de plazo, además de ser la misma ínfima[3])

Por su parte la SAP de Baleares de 5 de mayo de 2005 declara en un supuesto de discrepancia entre el valor venal y de reparación de un vehículo: *Incluso en supuestos de discrepancia entre el valor venal del vehículo y valor de reparación, se viene a indicar que "el artículo 20 de la LCS, señala que habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del*

[3] SAP de Huelva de 29 de junio de 2008 declara:“ *ha quedado acreditado que la aseguradora ha incurrido en mora a tenor de lo previsto en el artículo 20 de LCS , estableciendo que dicha mora se considera existente puesto que la responsabilidad de su asegurado era evidente y la cantidad que se ha consignado (fuera de plazo) no se aproximaba ni de lejos a la que seria procedente con su dictamen forense. Pero en el fallo de la sentencia se establece que los intereses no se aplicaran sobre el total del principal reconocido en la sentencia , sino que respecto a Doña Marí Trini le será de aplicación solo sobre la cantidad de 7100.6 y a Jesús Carlos sobre 7206,59 euros , suponiendo esto una clara contradicción con lo que se había declarado establecido en los fundamentos jurídicos , ya que el artículo 20 de la LCS es claro o hay mora o no hay pero no puede haber parcialmente , y en el presente caso la consignación que se efectuó a favor de los lesionados además de ser ínfima a tenor de lo establecido en la sentencia se hizo fuera de plazo por lo que en consecuencia se debe tener por no hecha a los efectos que establece el antedicho artículo. Debe corregirse por tanto el fallo de la sentencia en el sentido de aplicar los intereses de demora del artículo 20 de la LCS sobre el total del principal reconocido en la sentencia*.

importe mínimo esté fundada en causa justificada o que no le fuera imputable".

En cuanto a lo que debe entenderse como causa justificada a los efectos del citado precepto entiende que no lo es la existencia de una contienda judicial o de discrepancia extrajudicial entre la aseguradora y el perjudicado. Tampoco lo es la consignación o pago por la aseguradora de cualquier cantidad. En relación a los pagos parciales por parte del perjudicado no impide el devengo de intereses sancionadoras, salvo renuncia expresa del perjudicado. En cuanto al ofrecimiento de pago total o parcial no es causa justificada si no va seguido de su abono o consignación[4]. *entenderse como causa o insignificante.*

Por último, en cuanto a la controversia interpretativa que suscita la consideración de la regla 4.ª del art. 20 LCS se localiza en la determinación de si los intereses superiores del 20%, establecidos en el párrafo segundo de dicha regla, deben computarse desde el momento en que se inicia la mora del asegurador —en definitiva, la fecha del accidente, con las excepciones prevenidas en la regla 6.ª— o bien desde que haya transcurrido el plazo de los dos años desde la producción del siniestro. En definitiva, se trata de determinar si, cumplido el requisito del transcurso del plazo de dos años desde el accidente, el cómputo de los intereses en que consiste la indemnización por mora debe verificarse atendiendo a un período temporal único (al que se aplicaría el tipo del 20%, cuyo *dies a quo* vendría determinado por la fecha del siniestro —a salvo las excepciones previstas en la regla 6.ª—, siendo el término final el prevenido en la regla 7.ª), o bien considerando dos tramos temporales (en los que

[4] SAP de Baleares de 5 de mayo de 2005 declara: *"Para determinar lo que ha de entenderse como causa justificada a los efectos del citado precepto, han de hacerse las siguientes consideraciones:*

a). No es causa justificada la existencia de una contienda judicial o de discrepancia extrajudicial manifestada entre la aseguradora y el perjudicado, sobre la existencia de responsabilidad o de cuantificación del daño, pues ello equivaldría a dejar en manos de las aseguradoras la aplicación o no de los intereses sancionatorios del artículo 20 de la LCS , y bastaría con interponer una demanda o formular un requerimiento extrajudicial o contestar a la demanda u oponerse a la denuncia penal, para impedir el devengo de intereses.

b). Tampoco es causa justificada la consignación o pago por la aseguradora de cualquier cantidad por los mismos motivos antes expuestos, de que quedaría a merced de las aseguradoras librarse de la obligación legal de pagar intereses por el fácil expediente de consignar u abonar una cantidad insuficiente para cubrir las indemnizaciones debidas.

c). La recepción de pagos parciales por parte del perjudicado no impide el devengo de intereses sancionatorios salvo que ello constituya, también, una renuncia, la cual como es sabido, debe ser expresa y no puede deducirse del mero silencio.

d). No puede ser causa justificada el mero ofrecimiento de pago total o parcial si no va seguida del abono de la suma ofrecida o su consignación.

Evidentemente, menos aún, cuando no se ha procedido al pago de cantidad alguna por concepto de daños materiales - única cantidad por la que se reclama intereses moratorios-, ni tampoco consignación de cantidad alguna, ni tan siquiera mínima o

quedaría partido el período único determinado anteriormente, a los que serían de aplicación, respectivamente, cada una de las tasas previstas en los dos párrafos de la regla 4.ª), separados por el momento en que hayan transcurrido dos años desde la producción del siniestro. En definitiva, la teoría del tramo único se justifica por la finalidad sancionadora y disuasoria atribuida al interés por mora y a su fin, que es obtener una rápida y eficaz reparación de los daños y perjuicios. Se pretende con ello imponer un especial deber de diligencia en el pago de las indemnizaciones a las aseguradoras. Así, los intereses que se devengarían se incrementarán en un 50%, y de que si transcurren dos años desde la fecha del siniestro sin haber realizado el pago o consignación, los intereses serán al menos del 20% desde la fecha del accidente y no a partir de los dos años[5].

La segunda teoría, la de los dos tramos, los intereses se calcularían por días, desde la fecha del siniestro, y una vez fijado el importe diario –el que corresponda a la anualidad incrementado en el 50%- cuando la aseguradora se demora más de dos años, únicamente se fijaría un tipo mínimo más elevado a modo de sanción, manteniendo la regla del cálculo diario. Esta teoría es la que viene a ser acogida por nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de marzo de 2007 al declarar que durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50% y a partir de esa fecha, el interés que se devengará será de la misma forma, siempre que supere al 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal Supremo en su opción por la tesis de los dos tramos son los siguientes:

a) La coherencia con la *intención del legislador* en la reforma operada por la Ley 30/1995. Desde esta consideración se mantiene que la interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la ley 30/1995.

b) Argumento de coincidencia con el tenor de la norma en el que se establece el

[5] CASTILLO MARTÍNEZ. Reflexiones en torno a la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2007. Diario La Ley, Nº 7248, Sección Tribuna, 24 de Septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-297, Editorial LA LEY.

devengo de los intereses de demora por días. En este sentido se defiende que la tesis de los dos tramos es coherente con el tenor gramatical de la norma que impone su devengo diario, y que resulta incompatible con la posibilidad de que se deba esperar dos años para conocer el tipo de interés aplicable, en el supuesto de que la aseguradora incumpla, modificando retroactivamente los devengados día a día durante los dos años anteriores conforme al interés vigente en cada momento.

c) Aceptación con reservas del carácter disuasorio de los intereses defendido por la tesis contraria. Desde este argumento se sostiene que el carácter disuasorio del interés impuesto por la tesis del tramo único debe aceptarse con reservas desde la idea de evitar la pasividad en el pago de las aseguradoras, pues no resulta evidente en tal sentido la intención del legislador, tanto más cuanto el devengo del interés se decreta de oficio y se impone su producción por días, y considerando, además, que de futuro podría resultar una situación distinta en la que la suma del 50% al interés legal podría proporcionar un tipo muy superior al del 20%, de aplicación subsidiaria de no alcanzarse dicho valor.

d) Inalterabilidad de la consideración de la regla 6.ª del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Con fundamento en este criterio el Tribunal Supremo declara que la norma 6.ª del art. 20 no se altera con la interpretación adoptada, por referirse al momento concreto en que comienzan a devengarse los intereses de demora, siendo en el apartado 4.º en el que se determina el tipo de interés para uno y otro período a partir del siniestro[6].

IV. CONCLUSIONES

El pago de intereses por la responsabilidad civil derivada del delito y más concretamente en lo que se refiere y afecta a los intereses del artículo 20.4º de la Ley de Contrato de Seguro cuya problemática doctrinal y jurisprudencial fue resuelta al dictarse la SSTS de 1 de marzo de 2007 para unificar su interpretación, favorable pues a la existencia de tramos y tipos diferenciados y conforme con la intención del legislador, ha permitido resolver las múltiples controversias existentes entre las diferentes Audiencias Provinciales a la hora de interpretar y aplicar el citado precepto. Con ello se favorece una interpretación concordante entre las diferentes Salas, lo que en definitiva repercute en beneficio de la justicia.

* * * * * *

[6] CASTILLO MARTÍNEZ. Diario La Ley, Nº 7248, 24 de Septiembre de 2009.

M.ª de la Luz Lozano Gago
Letrada de la Administración de Justicia, Cádiz. Socia de la FICP.

~La efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisdicción penal~

Vaya por delante que el TEDH tiene declarado desde siempre que «el propósito del Convenio no es garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos"[1].

En cuanto a la vinculación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional, el TC tuvo ocasión de pronunciarse ya en STC 245/1991, declarando que las SSTEDH tenían eficacia meramente declarativa, sin efecto anulatorio interno ni ejecutoriedad en la jurisdicción nacional. Tal concepción era compartida por el propio TEDH[2] Recuerda el propio Tribunal Constitucional que el Convenio "...ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declaradas por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario, a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bien tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación perfecta de las consecuencias de la resolución o sentencia estatal. Según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos

[1] V., por todas, STEDH 9 de octubre de 1979 —asunto AIREY—. Ver más en: http://lawcenter.es/w/blog/view/3519/la-ejecucion-en-espana-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de derechos-humanos#sthash.uhbsE40c.dpuf.

[2] Caso MARCKX, STEDH 13/06/1979.

previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria".

Sin embargo, una vez afirmada esa idea general como punto de partida, el propio Tribunal Constitucional aclara que ello "no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes".

El Tribunal Constitucional asume la condición de Juez supremo al que ninguna vulneración de los derechos fundamentales puede resultarle ajena. A partir de esa idea, razona el Tribunal Constitucional que "...el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por equivalente, pues no es suficiente, desde el punto vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 50 del Convenio Europeo, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal de los afectados". Constatada la efectiva lesión del derecho a un proceso justo, Tribunal Constitucional, en un difícil equilibrio entre el reconocimiento del carácter puramente declarativo de las sentencias TEDH y la necesidad de atribuir al recurso de amparo todas las posibilidades que le son propias, anuló la sentencia denegatoria Tribunal Supremo y ordenó la repetición del juicio oral. Pues bien, esta primera solución adoptada por el TC en la década de los 90 me parece, paradójicamente, más moderna y adecuada que la de la resolución objeto del presente comentario, pues no cabe soslayar que según el art 10 de la CE, las normas sobre derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con los Tratados Internacionales suscritos por España, entre los que se halla de manera señera el CEDH y LF, que el TEDH a su vez interpreta en su doctrina jurisprudencial. Sin embargo, tal pronunciamiento tuvo unos votos particulares, en los que se indicó que ello desnaturalizaba el recurso de amparo, asimilándolo a una especie de recurso de revisión, por cuanto revocaba la firmeza de las sentencias, entre otros argumentos de objeción. En tal sentido, y en apoyo de tesis, he de traer a colación el Auto dictado por el Pleno de la Audiencia Nacional disponiendo la

inmediata libertad de la Sra DEL RÍO PRADA tras la famosa STEDH sobre la doctrina PAROT[3]:

«Ha de convenirse en el carácter vinculante de la sentencia, de obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar su consentimiento al Convenio Europeo para la protección de los derechos civiles (sic) y las libertades fundamentales (su art. 46.1 establece el compromiso de los Estados parte de acatar las sentencias en los litigios en que sean demandados; algo que la sentencia se ha visto en la necesidad de recordar). El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 de la Constitución (CE, en adelante), y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 CE); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (art. 117 CE). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.»

Me hallo totalmente en sintonía con tales conclusiones, respetuosas asimismo con la pirámide normativa kelseniana y efectivamente con el valor de los Tratados Internacionales, máxime si vienen referidos a derechos de la índole de los que se hallan en juego, derechos del máximo nivel cuales son los derechos fundamentales.

Al plantearse la ejecución de la STEDH, el Auto de la AN se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia[4], entendiendo que «la sentencia DEL RÍO PRADA contra España es de las que deberían provocar, en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad», por lo que «sin necesidad de provocar un recurso de amparo, este tribunal ha de dar leal cumplimiento a la sentencia que nos ocupa, revisando las decisiones que mantienen la situación de prisión de la condenada», reiterando que «concierne a todos los poderes públicos, en primer lugar al tribunal sentenciador, reparar y evitar la actualización de la violación del derecho fundamental a la libertad al hallarse la

[3] Caso del Río Prada.
[4] STC 245/1991 cit.

condenada en prisión, y para ello cumplir adecuadamente la sentencia del Tribunal Europeo.»

En ulteriores resoluciones, el Tribunal Constitucional ha confirmado el criterio expresado en la sentencia 245/1991, relativo al carácter meramente declarativo de las decisiones del TEDH. Sin embargo, a diferencia de lo que decidió en aquel asunto, no ha acordado la declaración de nulidad de la resolución firme dictada por el Tribunal Supremo. En tales casos, ha considerado que la fijación de una satisfacción equitativa por el TEDH (art. 50 del Convenio Europeo), trae consigo la desaparición de la permanencia en la lesión del derecho fundamental vulnerado [5]

En cuanto a la cuestión de si el TC tiene o no jurisdicción para revisar sus propias resoluciones de inadmisión o desestimación, abogo por la negativa, y cito un ejemplo en apoyo de mi postura:

En la STS 51/2004: La Sala Civil del Tribunal Supremo condenó a once Magistrados del Tribunal Constitucional por "negligencia profesional grave" a indemnizar a un Abogado cuyo recurso de amparo encabezado del siguiente modo: "Al Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial"- había sido inadmitido a trámite alegando que la demanda no se dirigía al Tribunal Constitucional sino a otro hipotético que le sustituyera. El Magistrado D. Francisco MARÍN CASTÁN emitió un Voto particular disidente tanto del razonamiento como del fallo de la sentencia, en el que concluía que la demanda debió haber sido desestimada. Contra la sentencia de la Sala Civil los Magistrados interpusieron, como particulares, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[6]. Es más, sostengo como hace la propia AN en el Auto dictado por el Pleno disponiendo la inmediata libertad de la Sra. DEL RÍO PRADA antes reseñado, que el TEDH de acuerdo con el art. 10-2 de la CE dicta sentencias vinculantes en materia de derechos fundamentales, inclusive para la jurisdicción constitucional, que también estaría llamada en virtud de un hipotético recurso de amparo, a procurar su efectividad práctica. A ello obsta una interpretación rigorista de los presupuestos de admisibilidad del recurso de amparo, que además "escape" a revisión de otras instancias jurisdiccionales, máxime si las mismas son las habilitadas de acuerdo con la ley –en este caso Tratado Internacional- para establecer la interpretación de los derechos fundamentales que serán objeto a su vez de aquél. El

[5] Cfr. STC 313/2005, 12 de diciembre 197/2006, 3 de julio, ATC 96/2001, 24 de abril.
[6] Vid. http://www.bmabogados.com/articulos/Violacion_derechos_fundamentales_TC.pdf

problema que se plantea, al hilo de lo reflexionado, se acota en los siguientes términos: "Violación de un derecho fundamental en una resolución definitiva de trámite en el acceso a la jurisdicción del propio Tribunal Constitucional e impugnación de una resolución de inadmisión a trámite de un recurso de amparo" No cabe soslayar que el propio acceso a la jurisdicción es en sí un derecho fundamental, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la CE y también del derecho al llamado en la doctrina anglosajona "fair trial" o derecho al proceso debido o a un proceso recto, y que recoge asimismo el art 6º del CEDH y LF. En la jurisprudencia del TEDH, existe un precedente en que este Tribunal, en un asunto civil, declara la violación de derechos fundamentales, por la aplicación rigorista al acceso al TC de la República Checa, según el derecho positivo de ese país: Sentencia del TEDH de Estrasburgo, Sección Segunda de fecha 25 de mayo de 2004, JUR 2004/150244 recaída en la demanda 49478/1999, en el asunto "KADLEC y otros contra la República Checa", en la que dicho Tribunal declaró la violación del artículo 6.1 del Convenio, y condenó al Estado de dicha República por la violación del derecho a un proceso equitativo y acceso a la jurisdicción, al haberse inadmitido un recurso constitucional por extemporáneo y no haber corregido un error material puesto de manifiesto en plazo, entendiendo que se había realizado una interpretación rigorista de una exigencia procesal que había impedido el examen de la cuestión, con el tenor literal siguiente:

"...25 Asimismo, el «derecho a un tribunal», del que el derecho de acceso no constituye sino un aspecto, no es absoluto y puede dar lugar a limitaciones implícitas, concretamente en lo referente a las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que por su propia naturaleza exige una reglamentación por parte del Estado, el cual goza a este respecto de un cierto margen de apreciación (ver las Sentencias GARCÍA MANIBARDO contra España [TEDH 2000, 73] , núm. 38695/1997, ap. 36, TEDH 2000-II y ZVOLSKÝ Y ZVOLSKÁ contra República checa [JUR 2003, 48435] , núm. 46129/1997, ap. 47, TEDH 2002-X). Sin embargo estas limitaciones no pueden restringir el acceso abierto al individuo de una forma o hasta un punto en el que se vulnere la propia sustancia del derecho. Además, no se concilian con el artículo 6.1 sino en tanto en cuanto persigan un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (Sentencia GUERIN contra Francia de 29 julio 1998 [TEDH 1998, 87], Repertorio 1998-V, ap. 37).

26 En opinión del Tribunal, se desprende de estos principios que, si bien el derecho a ejercer un recurso está ciertamente sometido a unas condiciones legales, los tribunales deben, aplicando las normas procesales, evitar tanto un exceso de formalismo que vulneraría la equidad del proceso, como una flexibilidad excesiva que llevaría a suprimir las condiciones procesales establecidas por las Leyes...".

Otras SSTEDH en la misma línea serían:

.- La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, Sección 4ª, de 15 febrero 2000 (TEDH 2000\73) El Tribunal recuerda a priori que su tarea no es la de sustituir a los Tribunales internos, puesto que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y sobre todo a los Tribunales, interpretar la legislación interna (véanse, «mutatis mutandis», las Sentencias BRUALLA GÓMEZ DE LA TORRE contra España de 19 de diciembre de 1997, Repertorio 1997-VIII, p. 2955, ap. 31 y Edificaciones March Gallego, SA contra España de 19 de febrero de 1998, Repertorio 1998-I, p. 290, ap. 33:

"... 36. Por otro lado, el «derecho a un Tribunal», del que el derecho de acceso constituye un aspecto particular, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que reclama, por su misma naturaleza, una reglamentación por parte del Estado, que goza a este respecto de un cierto margen de apreciación. Sin embargo, estas limitaciones no podrían restringir el acceso abierto a un justiciable de manera o hasta tal punto que se atente contra su derecho a un Tribunal en su misma sustancia; finalmente, únicamente se concilian con el artículo 6.1 si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado (véase, entre otras, la Sentencia Edificaciones March Gallego, SA anteriormente citada, p. 290, ap. 34) ..."

.- La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 2ª), de 12 noviembre 2002 (JUR 2003\48435) y por analogía el caso de la inadmisión de un recurso de casación por extemporáneo, sobre el que recayó la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 2003 dictada en el caso Stone Court Shipping Company S.A. c. España que aprecia la vulneración del artículo 6 del Convenio y en la que el Tribunal Europeo recuerda en su decisión, su papel a la hora de interpretar la legislación interna y el carácter no absoluto del derecho de acceso a un Tribunal (al recurso) Sin embargo, entiende también que tales limitaciones no pueden impedir al justiciable su derecho de

acceso a un Tribunal, por lo que califica de excesivamente rigorista la interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre los requisitos de admisibilidad del recurso. La primera en aras del derecho a una vía judicial efectiva declara que:

"... 46 La reglamentación relativa a las formalidades y plazos a cumplir para interponer un recurso, trata de asegurar la buena administración de la justicia y el respeto, en concreto, de la seguridad jurídica. Este principio de la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto en cuanto constituye uno de los elementos fundamentales de la preeminencia del derecho, exige que se garantice una vía judicial efectiva que permita a cada justiciable reivindicar sus derechos civiles (ver Sentencia Brumarescu contra Rumania [TEDH 1999, 50] [GS], núm. 28342/1995, ap. 61, TEDH 1999-VII).

... 48 En este caso, los demandantes alegan no haber gozado de un juicio justo en la medida en que el Tribunal Constitucional rechazó su recurso constitucional por caducidad ... Consideran que la interpretación restrictiva del dies a quo dada por el Tribunal Constitucional para calcular dicho plazo, les privó del acceso a una vía de recurso interna.

51 El Tribunal debe señalar que la aplicación de las normas que fijan los plazos para interponer un recurso no debe impedir al justiciable la utilización de una vía de recurso disponible. En este caso, la cuestión planteada depende del principio de la seguridad jurídica; no se trata de un simple problema de interpretación de las normas materiales, sino de la interpretación de una exigencia procesal que ha impedido el examen a fondo del asunto de los demandantes, con desprecio del derecho a una protección efectiva por parte de las cortes y de los tribunales (ver, "mutatis mutandis", Sentencia MIRAGALL ESCOLANO y otros contra España [TEDH 2000, 11], núm. 38366/1997, ap. 37, TEDH 2000-I).[7]

En cuanto a la eficacia de las sentencias del TEDH en la Jurisprudencia del TS –desde 1990 y hasta llegar a la reforma procesal de 2015-, se partió de declinar la posibilidad de velar por el cumplimiento de aquéllas, por inexistencia de previsión legislativa al respecto, por parte del Alto Tribunal en 1990, hasta, ya a través de Pleno no Jurisdiccional de 2014, a arbitrar como cauce hábil el recurso extraordinario de revisión.[8]

---

[8] MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ CUÉLLAR, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Castillo de Luna, 2015, pp. 568 y ss.

El artículo 264 de la LOPJ reconoce la posibilidad, por parte del TS, del dictado de Acuerdos de Pleno con la finalidad de unificar criterios. [9] A su vez, por Pleno no Jurisdiccional del TS de 2006 se acordó el carácter vinculante de tales acuerdos de pleno para todos los órganos jurisdiccionales, en los siguientes exactos términos: "Los acuerdos de Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes".[10] Pues bien, por Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 21/10/2014 se estableció por el Alto Tribunal que el recurso extraordinario de revisión era el medio hábil para hacer valer ante la jurisdicción española el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpretan. El tenor literal de dicho acuerdo es el que sigue: "En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim cumple este cometido"[11]

En la reciente reforma de la LECrim ya el mentado artículo recoge esta previsión de manera expresa: "1.3 Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año

[9] Artículo 264 LOPJ:

1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

[10] Sala General 18/07/2006. Jurisprudencia que lo desarrolla: STS 843/2006, de 24 de julio.

[11] El acuerdo adoptado por la Sala Segunda del alto tribunal tenía su importancia, pues la duda se planteaba tras resoluciones del tribunal de Estrasburgo como la que supuso la anulación de la denominada "doctrina PAROT".

desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal"[12] Conforme establece el número 2 de la disposición transitoria única de la Ley 41/2015, de 5 de octubre («B.O.E.» 6 octubre), el presente artículo se aplicará también a las sentencias que adquieran firmeza tras su entrada en vigor y, el supuesto previsto en su apartado 3 se aplicará a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

Idéntica modificación opera la Ley 42/15 respecto del recurso de revisión civil. En efecto, según el actual art 510.2 de la LEC: "**2.** Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas"[13]

*** * * * * ***

[12]Artículo 954 redactado por el apartado quince del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales («B.O.E.» 6 octubre). Vigencia: 6 diciembre 2015.

[13] Artículo 510 redactado por el apartado trece de la disposición final cuarta de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio). Vigencia: 1 octubre 2015.

Francisco José Malfeito Natividad
Fiscal Sustituto adscrito a la Fiscalía Provincial de Tenerife. Director de la Asesoría Jurídica USO-Madrid (en excedencia). Socio de la FICP.

~La prejudicialidad penal en el ámbito laboral~

I. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

El artículo 86 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, regula la prejudicial penal y social, y literalmente dicho artículo dice:

> "Artículo 86. Prejudicialidad penal y social"
>
> "1. En ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos.
>
> 2. En el supuesto de que fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito, porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta, continuará el acto de juicio hasta el final, y en el caso de que el juez o tribunal considere que el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto, acordará la suspensión de las actuaciones posteriores y concederá un plazo de ocho días al interesado para que aporte el documento que acredite haber presentado la querella. La suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del juez o tribunal por cualquiera de las partes.
>
> 3. Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
>
> 4. La tramitación de otro procedimiento ante el orden social no dará lugar a la suspensión del proceso salvo en los supuestos previstos en la presente Ley, sin perjuicio de los efectos propios de la litispendencia cuando se aprecie la concurrencia de dicha situación procesal. No obstante, a solicitud de ambas partes, podrá suspenderse el procedimiento hasta que recaiga resolución firme en otro procedimiento distinto, cuando en éste deba resolverse la que constituya objeto principal del primer proceso."

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 86.2 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL, SEGÚN LA SENTENCIA QUE A CONTINUACIÓN SE INDICA

Según la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, (Sala de lo Social, Sección1ª), Sentencia núm. 47/2013 de 18 marzo. AS 2013\1994. En dicha sentencia se establece que el referido precepto impone, la suspensión del proceso cuando una de las partes alegue la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito. Significa o afronta por ello una cuestión de índole competencial al determinar de esta manera el órgano judicial competente para conocer de la cuestión a la que se

refiere; y en consecuencia, perfila una cuestión de orden público procesal que resulta también indisponible para las partes del procedimiento.

Se ordena así al juez la suspensión de las actuaciones para que, y concediendo al efecto un plazo de ocho días, se acredite por el interesado la presentación de la querella, en cuyo caso, y de acreditarse dicha interposición, la suspensión del proceso laboral durará hasta que concluya la causa criminal.

Ha de tratarse o estarse, como puede verse, ante un documento que sea de notoria influencia en el pleito y que sea tachado de falso o no reconocido por la parte a la que afecta. Excluida la competencia del Juzgador de instancia y de cualquier otro del orden social que conozca en las sucesivas fases del proceso, no puede, insistimos, no podrá el mismo valorar o analizar la posible o discutida falsedad del documento en cuestión pues con tal proceder se estaría atribuyendo una función jurisdiccional que no le corresponde y a través de unos mecanismos procesales distintos de los previstos para dilucidar el hecho delictivo denunciado. O, y dicho en otros términos, el juez de lo social no puede entrar a calificar la falsedad de un documento de notoria influencia en el pleito y menos declararlo falso.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 86.3 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL, SEGÚN LAS SENTENCIAS A LAS QUE SE HACE REFERENCIA A CONTINUACIÓN

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia de 9 abril 2013. RJ 2013\3653, al amparo de las previsiones del artículo 86.3 de la LRJS (RCL 2011,1845), el cual dispone que: "Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el Juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)".

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de tal norma en supuestos similares, en sentencias de 10 de diciembre de 2.002 (RJ 2003,2609) (recurso 1108/2001), sentencias como las de 5 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5204) (recurso 4/2002), en las que se contiene la doctrina general sobre el alcance del precepto. En ellas se afirma que para que tal precepto pueda resultar aplicable al caso concreto, no basta con que la sentencia de los Tribunales laborales

presente contradicciones fácticas con una sentencia del orden jurisdiccional penal, dado que además de esa divergencia, es necesario que concurran los dos requisitos siguientes:

1.- Que la sentencia penal sea absolutoria, y;

2.- Que esa absolución se produzca por la inexistencia del hecho o que tenga su base en la no participación en él del sujeto interesado. Si estos dos requisitos no concurren, aunque las conclusiones fácticas de esas dos sentencias sean claramente divergentes, no es posible aplicar el art. 86.3 de la LJS.

La justificación o razón que, fuera de los casos en que existe una sentencia absolutoria penal por las causas antes transcritas, encuentra la doctrina de esta Sala en la ausencia de esa causa de revisión se recoge en la doctrina de las SSTS antes citadas, en el sentido de que el único supuesto en que esa rescisión se puede producir, es en el caso determinado y específico que prevé el comentado art. 86.3, en "una interpretación literal y estricta del mismo, no siendo admisible, en forma alguna, la aplicación de criterios extensivos ni analógicos, lo que supone que la comentada causa de revisión únicamente puede considerarse existente cuando se cumplen de forma exacta y rigurosa los requisitos antes reseñados".

Y se continúa diciendo en aquéllas SSTS que "... a este respecto se destaca que es razonable que la única posibilidad de que los efectos de la cosa juzgada de las sentencias laborales queden desvirtuados se limite a los estrictos y rígidos supuestos que fija el art. 86.3 citado, que requieren que en la causa penal se haya dictado sentencia declarando la inexistencia del hecho debatido o la no participación en él del interesado; no pudiéndose producir tal posibilidad por la simple circunstancia de que las conclusiones fácticas de la sentencia penal y de la laboral sean contradictorias, si no concurren los demás requisitos expresados. Si la mera contraposición entre los hechos de esas sentencias diese lugar a la revisión prevista en el art. 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) no sólo quebrarían en el proceso social los importantes principios procesales y las garantías y seguridades antes citadas, resultando altamente dañada la santidad de la cosa juzgada de las sentencias recaídas en este orden jurisdiccional social, sino que además éste quedaría configurado como una estructura procesal subordinada y dependiente del proceso penal, lo cual no puede admitirse. Es más la posibilidad de practicar prueba que generase efectos en el juicio laboral resultaría ampliada, extendiéndose incluso a tiempos posteriores a la fecha de la sentencia, con sólo formular denuncia o querella que diese lugar a la incoación de un

procedimiento penal sobre los hechos examinados en aquél; de este modo las partes intervinientes en el proceso laboral podrían valerse de este sistema, para subsanar o remediar defectos de alegación o de prueba en que incurrieron durante el trámite de tal proceso, lo cual carece totalmente de sentido y de base jurídica.

Lo que disponen los términos literales y estrictos del art. 86.3, tiene justificación, toda vez que el proceso penal tiene por objeto la consecución de la verdad material y en cuya fase de instrucción o de diligencias previas la investigación sobre los hechos puede ser llevada a cabo de oficio por el Juez, no existiendo, en principio, limitación temporal en cuanto a su práctica, y por ello si en tal proceso se llega a la conclusión de que el hecho o hechos discutidos no han existido nunca o en ellos no participó el sujeto de que se trate, lógico es que tal conclusión de inexistencia o no participación sentada en el proceso penal prevalezca sobre la declaración de existencia o participación establecidas en el juicio laboral; esto es claro, por cuanto que si en el proceso en el que se puede desarrollar una investigación más amplia y completa se llega a la convicción de que los hechos no han existido, parece razonable abrir el cauce a la revisión de la sentencia recaída en el proceso laboral que afirmó la existencia de esos hechos, a pesar de tener éste un ámbito o fase probatoria más constreñida y estrecha que el proceso penal. Pero no debe suceder lo mismo en la situación contraria; es decir, no es lógico mantener esa misma prevalencia de la jurisdicción penal, en los casos en que la sentencia en ella dictada declare la existencia de un hecho o hechos, y en cambio la sentencia del orden social concluyó que no se habían demostrado los mismos.

A este respecto, se debe tener en cuenta que esta deficiencia probatoria que se produjo en el proceso laboral en no pocas ocasiones puede ser debida a la propia actuación del litigante a quien tal deficiencia perjudique, pues dado lo que establece el art. 82.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563)era él quien estaba obligado a aportar todos los medios probatorios que sirviesen de apoyo a su pretensión y además tal aportación tenía que haberse efectuado en el acto de juicio verbal que regulan los arts. 82 a 96 de dicha Ley. De ahí que una interpretación extensiva del art. 86.3 supondría contravenir los mandatos contenidos en estos preceptos reguladores del juicio verbal laboral y en especial de los art. 82-2 y 90 de la Ley Procesal laboral, así como también los arts. 282, 440-1 y 443-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892); además tal interpretación extensiva, como ya se apuntó anteriormente, implicaría dar la oportunidad al litigante poco diligente de

subsanar los defectos probatorios cometidos por él en el proceso laboral, mediante el simple sistema de formular denuncia o querella criminal con respecto a los hechos debatidos en aquél, lo que a su vez equivaldría de hecho a una ampliación desmesurada del período hábil para practicar pruebas con posibilidad de producir efectos en relación con el litigio laboral; consecuencias todas éstas que se contraponen frontalmente a los fundamentales principios procesales a que antes se hizo alusión, así como a los principios de inmediación, concentración y celeridad que impone el art. 74-1 de la Ley de Procedimiento Laboral, disponiendo el nº 2 de este artículo que estos principios orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente Ley.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en interpretación del precepto procesal laboral referido, -- reflejada, entre otras, en las SSTS/IV 20-junio-1994 (RJ 1994, 5455) (recurso 1619/1993), 12-julio-1994 (recurso 2569/1993), 4-octubre (RJ 1995, 7190) - (recurso 2792/1994), 7- mayo-1996 (RJ 1996, 4383) (recurso 1393/1995), 13-febrero-1998 (RJ 1998, 1804) (recurso 3231/1996), 27-mayo-1999 (recurso 298/1998) y 25-enero-1999 (RJ 1999, 899) (recurso 1138/1998) --, la de que los presupuestos para que la sentencia dictada en el proceso penal resolviendo la cuestión prejudicial de tal naturaleza, actúe como motivo de revisión de la sentencia laboral, que la sentencia absolutoria penal sea debida a “inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo ", lo que no acontecía en los supuestos enjuiciados en las sentencias referidas, en los que la absolución no venía determinada por estas causas, sino concretamente por la inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados que generaban una absolución penal por aplicación, en suma, del principio de presunción de inocencia.

Por ello, como se razonaba en las citadas sentencias SSTS/IV 13-febrero-1998 (recurso 3231/1996) y 25-enero-1999 (recurso 1138/1998), “la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado - en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el art. 97.2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) en orden a la valoración de la prueba - el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido" y que "este

sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en orden a la valoración de la prueba - con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil - ha sido proclamado en doctrina constante de este Tribunal Supremo - entre otras, sentencias de 15-junio-1992, y 20-junio- 1994 -, y ello, en cuanto - sentencias del Tribunal Constitucional 24/1983 de 23-febrero (RTC 1983, 24) , 36/1985 de 8-marzo (RTC 1985, 36) y 62/1984 (RTC 1984, 62) de 2-mayo - 'la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta'.

En otro orden de cosas, tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia - entre otras, STC 18-marzo-1992 (RTC 1992, 30) - la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque ”de un lado”, el despido no es más que una resolución contractual, y, por tanto, no conlleva la aplicación del derecho penal y, “de otro”, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente".

La expuesta doctrina jurisprudencial, se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores de esta Sala de casación, interpretando en igual sentido el art. 86.3 de la LPL, entre otras, las SSTS/IV 28-diciembre-1999 (RJ 2000, 567) (recurso 3378/1998), 2-noviembre- 2000 (recurso 305/2000), 25-abril-2000 (recurso 2236/1999), 18-enero-2002 (recurso 3435/2000), 27-noviembre-2002 (RJ 2003, 1930) (recurso 14/2002), 10-diciembre-2002 (recurso 1108/2001), 6-noviembre-2003 (RJ 2004, 503) (recurso 45/2002), 25-febrero-2004 (RJ 2004, 2902) (recurso 25/2002), 26- marzo-2004 (recurso 36/2003), 5-abril-2005 (recurso 22/2004), 31-enero-2006 (RJ 2006, 4354) (recurso 44/2004 -sobreseimiento provisional), 26- julio-2006 (recurso 41/2004 -auto de sobreseimiento provisional), 7-febrero-2007 (RJ 2007, 2482) (recurso 19/2005 -archivo por falta relevancia penal de los hechos), 4-diciembre-2007 (recurso 8/2006), 7-octubre-2008 (RJ 2008, 8243) (recurso 7/2007) y 20-abril-2009 (RJ 2009, 3832) (recurso 1/2008), argumentándose, además, en estas últimas en orden la valoración de los hechos en una y otra jurisdicción que:

"Esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria

desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que hay que atenerse a principios, como la "presunción de inocencia" y el "in dubio pro reo", que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales".

Como bien señala la Sentencia núm. 258/2016 de 31 marzo. RJ 2016\1843, del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª), en relación al artículo 86.3 LRJS, y que recoge la Sentencia de esta Sala, de fecha 9 de abril de 2013, (demanda de revisión 19/2012) (RJ 2013, 3653), en aplicación del repetido artículo 86.3 de la LRJS (RCL 2011, 1845) -precepto e igual contenido de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563)- recuerda que:

"Es reiterada jurisprudencia de esta Sala en interpretación del precepto procesal laboral referido, -- reflejada, entre otras, en las SSTS/IV 20-junio-1993 (recurso 1619/1993) (RJ 1994, 5455), 12-julio-1994 (recurso 2569/1993), 4-octubre- (recurso 2792/1994), 7-mayo-1996 (recurso 1393/1995), 13-febrero-1998 (recurso 3231/1996), 27-mayo-1999 (recurso 298/1998) y 25-enero-1999 (recurso 1138/1998) (RJ 1999, 899)--, la de que los presupuestos para que la sentencia dictada en el proceso penal resolviendo la cuestión prejudicial de tal naturaleza, actúe como motivo de revisión de la sentencia laboral, que la sentencia absolutoria penal sea debida a "inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo", lo que no acontecía en los supuestos enjuiciados en las sentencias referidas, en los que la absolución no venía determinada por estas causas, sino concretamente por la inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados que generaban una absolución penal por aplicación, en suma, del principio de presunción de inocencia.

Por ello, como se razonaba en las citadas sentencias SSTS/IV 13-febrero-1998 (recurso 3231/1996) (RJ 1998, 1804) y 25-enero-1999 (recurso 1138/1998), "la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado - en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el art. 97.2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) en orden a la valoración de la prueba - el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido" y que "este

sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en orden a la valoración de la prueba - con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil - ha sido proclamado en doctrina constante de este Tribunal Supremo - entre otras, sentencias de 15-junio-1992 (RJ 1992, 4575) , y 20-junio- 1994 -, y ello, en cuanto - sentencias del Tribunal Constitucional 24/1983 de 23-febrero (RTC 1983, 24), 36/1985 de 8-marzo (RTC 1985, 36) y 62/1984 de 2- mayo - 'la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta'. Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia - entre otras, STC 18-marzo-1992 - la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque 'de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto, no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente".

La expuesta doctrina jurisprudencial se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores de esta Sala de casación, interpretando en igual sentido el art. 86.3 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563), entre otras, las SSTS/IV 28-diciembre-1999 (recurso 3378/1998) (RJ 2000, 567), 2-noviembre- 2000 (recurso 305/2000), 25-abril-2000 (recurso 2236/1999), 18-enero-2002 (recurso 3435/2000), 27-noviembre-2002 (recurso 14/2002), 10-diciembre-2002 (recurso 1108/2001), 6-noviembre-2003 (recurso 45/2002), 25-febrero-2004 (recurso 25/2002), 26- marzo-2004 (recurso 36/2003), 5-abril-2005 (recurso 22/2004), 31-enero-2006 (recurso 44/2004 -sobreseimiento provisional), 26- julio-2006 (recurso 41/2004 -auto de sobreseimiento provisional), 7-febrero-2007 (recurso 19/2005 -archivo por falta relevancia penal de los hechos), 4-diciembre-2007 (recurso 8/2006), 7-octubre-2008 (recurso 7/2007) y 20-abril-2009 (recurso 1/2008) (RJ 2009, 3832), argumentándose, además, en estas últimas en orden la valoración de los hechos en una y otra jurisdicción que “Esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que

hay que atenerse a principios, como la presunción de inocencia y el "in dubio pro reo", que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales".

Esta doctrina, que ha sido ratificada en las sentencias más recientes de esta Sala de 10-06-2014 (demanda revisión 19/2013) y 11-11-2014 (demanda revisión 6/2014) (RJ 2014, 5896), impone la desestimación de la revisión que se insta, ya que como ha quedado expuesto, el Juzgado de lo Penal no excluyó la existencia de los hechos objeto de enjuiciamiento, ni declaró la no participación en los referidos hechos de los acusados, entre ellos la trabajadora demandante, sino que fue la falta de prueba concluyente sobre la autoría de los hechos, lo que condujo esencialmente al órgano penal -por aplicación del principio de presunción de inocencia-, a la absolución de la hoy demandante.

Todo lo expuesto con anterioridad, es ratificado por la Sentencia núm. 426/2016, de 13 de mayo. RJ. 2016/2765 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª). En dicha sentencia La referencia al art. 236.1 de la LRJS. (RCL 2011, 1845), que a su vez se refiere al 86.3 de la misma se fundamenta en que ha recaído una sentencia penal absolutoria respecto de los mismos hechos que dieron lugar al despido.

En efecto, la sentencia penal que absuelve al demandante basa la absolución en no haber quedado debidamente acreditados los hechos que conforman el tipo penal por el que se le imputaba, es decir, en la presunción de inocencia, pero el art. 86 LRJS habla de "sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo".

Así lo tiene declarado esta Sala reiteradamente, bastando reproducir en términos literales nuestra sentencia de 27/09/2013 (RJ 2013, 7659) (Demanda de Revisión 30/12) que en un caso en todo semejante al actual, dice así:

"Pues bien, como ya hemos señalado en numerosas resoluciones (recientemente en el auto de 2/1/2012 -revisión nº 16/11 (JUR 2012, 21381) -) "El art. 86-3 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) da pie a la revisión cuando recaen sentencias absolutorias por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, pero estos pronunciamientos no se contienen en el auto de sobreseimiento provisional. Por ello, este documento no es útil, ni decisivo, para fundar la revisión, como tiene declarado esta Sala, incluso en supuestos de sentencias penales absolutorias por falta de prueba, por

aplicarse la presunción de inocencia. En este sentido, en nuestra sentencia de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2902) (Rec. 25/2002) sentamos la doctrina que aquí se reitera: "la mencionada sentencia no es hábil para abrir el cauce de la revisión, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (Ss. de 13-2-98 (RJ 1998, 1804) (rec. 3231/96), 25-1-99 (RJ 1999, 899) (rec. 1138/98) y 10-12-02 (RJ 2003, 2609) (rec. 1108/01) entre las mas recientes) por las razones que pasamos a exponer: "Los presupuestos para que la sentencia dictada en el proceso penal resolviendo la cuestión prejudicial de tal naturaleza, actúe como motivo de revisión de la sentencia laboral, son, según prevé el art. 86.3 LPL (RCL 1995, 1144, 1563) , que la sentencia absolutoria penal sea debida a "inexistencia de hecho o por haber participado el sujeto en el mismo", lo que no acontece en el presente caso, en que ésta no vino determinada por dichas causas, sino por inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados; en definitiva, que la absolución penal se debió a la aplicación del principio de presunción de inocencia".

"Por ello, como se razona en la citada sentencia de 13-2-1998 (RJ 1998, 1804), la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado -en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el art. 97.2LPL en orden a la valoración de la prueba- el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido"; y que "este sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en relación con la valoración de la prueba -con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil- ha sido proclamando en doctrina constante de este Tribunal Supremo (sentencias de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4575) (rec.442/91), y de 20 de junio de 1994 (RJ 1994, 5455) (rec. 1619/1993) entre otras); y ello, por cuanto, como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias 24/1983 de 23 de febrero (RTC 1983, 24) , 36/1985 de 8 de marzo (RTC 1985, 36) y 62/1984 de 2 de mayo (RTC 1984, 62) "la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta".

"Tampoco por ello se viola el principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional -entre otras, SSTC 30/1992 de 18 de marzo (RTC 1992, 30) - "el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal", de modo que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, "no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente"."

"Consecuentemente, como la sentencia absolutoria no declara la inexistencia del hecho, ni la no participación del recurrente en el mismo, cual requiere el art. 86-3 de la LPL, sino que se funda en la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría, de los hechos, insuficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, es claro que no puede fundar la revisión interesada máxime cuando en el ámbito del contrato de trabajo la calificación de un hecho como constitutivo de un incumplimiento contractual se regula por normas distintas de las que contemplan la calificación de los delitos, siendo de aplicar también diferentes conceptos de culpa".

IV. CONCLUSIONES FINALES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 86 DE LA LRJS

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y el tenor literal del artículo 86 de la LRJS, y las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas queda claro lo siguiente:

1. En ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos.

2. En el supuesto de que fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito, continuará el acto de juicio hasta el final, y el juez acordará la suspensión de las actuaciones posteriores y concederá un plazo de ocho días al interesado para que aporte el documento que acredite haber presentado la querella. La suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del juez.

3. Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La tramitación de otro procedimiento ante el orden social no dará lugar a la suspensión del proceso salvo en los supuestos previstos en la presente Ley, sin perjuicio de los efectos propios de la litispendencia cuando se aprecie la concurrencia de dicha situación procesal. No obstante, a solicitud de ambas partes, podrá suspenderse el procedimiento hasta que recaiga resolución firme en otro procedimiento distinto, cuando en éste deba resolverse la que constituya objeto principal del primer proceso."

* * * * * *

Eva María Motos Buendía
Abogada, Murcia. Socia de la FICP.

~El delito de blanqueo de capitales~

I. ORIGEN HISTÓRICO DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar los ingresos procedentes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media cuando la usura fue declarada delito. Mercaderes y prestamistas burlaban las leyes y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos. Fue en ese momento, cuando los piratas se transformaron en pioneros en la práctica del lavado de oro obtenido en los ataques a las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico entre los siglos XVI y XVIII.

Una gran parte de las riquezas acumuladas por los corsarios y piratas fueron resguardadas por los herederos de la tradición templar y por los banqueros de la época. Así surgieron los refugios financieros, versión moderna de aquellas antiguas guaridas. Con el poderío económico y militar de los piratas y corsarios, las poblaciones europeas y americanas llegaron a creer que tanto el comercio como las finanzas dependían enteramente de ellos. Los gobernantes de la época reconocieron que los tratados y leyes en vigor eran insuficientes en la lucha contra los piratas y convocaron a reconocidos juristas como Hugo GROTIUS y Francisco de VITTORIA para buscar una solución de carácter jurídico.

El blanqueo de capitales es un fenómeno relativamente reciente que surgió en las normativas recientes concerniente al tráfico de drogas y estupefacientes y que tras las reformas legislativas penales se establece que cualquier tipo de delito tipificado en el Código Penal español, puede ser delito previo al blanqueo de capitales.

Así, la lucha contra el blanqueo de capitales, no fue otra cosa en su origen, que la lucha contra el crimen y el tráfico de drogas. Como expuso CASSANI, el blanqueo de capitales es *«el talón de Aquiles»* de los traficantes, ya que, cuando éstos intentan legalizar todas las ganancias procedentes del tráfico de estupefacientes, es ahí, en ese proceso de blanqueo de dinero, donde las autoridades pueden desenmascararlos y condenarlos. Después del proceso de blanqueo es muy difícil localizar al delincuente y detenerlo porque el dinero o los capitales han sido sometidos a numerosos procesos de blanqueamiento que impiden averiguar por parte de las autoridades el verdadero origen

de esos bienes. Como consecuencia de todo esto, el objetivo del blanqueo de capitales consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como el resultado de actividades legítimas y circulen con total apariencia de legalidad en el sistema financiero.[1]

II. DELIMITACIÓN DEL TIPO DELICTIVO DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Por blanqueo de capitales, en otros países lavado de dinero o capitales, se puede entender, según el artículo 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva; la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva; la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.. Siendo lo relevante al sancionar esta modalidad criminal, conseguir que bienes de origen ilícito penal puedan ingresar en circuitos económicos normales sin que pueda detectarse su origen y naturaleza.

De las actuaciones que se tipificaban en el artículo 301 puede advertirse la posibilidad de reunirlas en dos grupos distintos en función de que su realización exigiera o no una determinada finalidad, lo que se fundaba únicamente en una mera interpretación puramente gramatical. Un primer grupo, en el que se integrarían las conductas de adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, que parecía no exigir intencionalidad alguna para convertirse en típica, con lo que bastaría su

[1] MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. Doctora en Derecho. Profesora de la UDIMA y del CEF Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm.907/2015 parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2015.

realización, al margen de intencionalidad alguna, para entender realizada la actividad de blanqueo, ampliándose, y de qué manera, los supuestos de dicho blanqueo. Y un segundo grupo, en el que estaría incluida la realización de cualquier otro acto, que, a diferencia del anterior, sí que requería intención, pues se exigía que se hiciera para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos; esto es, para ocultar o encubrirse o encubrir a otros.[2]

El Tribunal Supremo, conocedor de que la delimitación de la conducta típica del blanqueo es la única forma de evitar los supuestos de doble incriminación, en los que se castiga como dos hechos diferenciados el delito y sus consecuencias o el producto de su misma consumación, así como de entender que comportamientos sociales normales fueran objeto de criminalización. Y aquí es donde el Tribunal Supremo, en la sentencia referida de 29 de abril de 2015, introduce un matiz de extraordinaria importancia, ya que, adoptando una clara posición sobre la interpretación de las conductas típicas descritas en el 301.1 CP, considera que en ningún caso puede admitirse que la mera tenencia de bienes procedentes de un delito, puede ser constitutiva de un supuesto de blanqueo típico . Esto es, poseer —o incluso utilizar— los bienes de un delito no puede ser constitutivo, sin más, de un delito de blanqueo o autoblanqueo. Interpretación esta que, en el voto particular de la STS de 5 de diciembre de 2012, se anticipaba ya como la única que podría permitir evitar que cualquier delito generador de rentas ilícitas fuera castigado también por autoblanqueo, postulándose así como una auténtico correctivo de una desmesurada ampliación de los supuestos de autoblanqueo, difícilmente conciliable con el principio de *non bis in idem.*

III. TIPIFICACIÓN PENAL: ARTÍCULO 301

La acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias.

El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la

[2] GARCÍA MORENO, Alberto. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Valencia Carta Tributaria. Revista de Opinión, Nº 3, Junio 2015, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 4420/2015.

realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. En concreto el art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La esencia del tipo es, por tanto, la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito". Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo. Por el contrario el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

IV. ELEMENTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO

En cuanto al elemento objetivo normativo del tipo, el delito base, o delito previo, tanto el Tribunal Constitucional en las sentencias 174/85, 175/85 y 229/88, como el Tribunal Supremo en las sentencias 1637/2000 de 10-1, 266/2005 de 1-3, 202/2006 de 2-3 y 483/2007 de 4-6, admiten que, puede ser probado por indicios; que deben estar constituidos a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados, no en meras sospechas o conjeturas, en palabras del Tribunal Supremo, Sala 2ª, sentencia de 1 de junio de 2009. No se exige que previamente se haya juzgado. En esta materia el Tribunal Supremo es contundente desde hace tiempo. Así en la sentencia de 29-9-2001 establece que ni en la forma genérica de la receptación, ni su variante específica de blanqueo de capitales requieren la condena previa del delito base del que

proceden los bienes que aprovechan u ocultan, respectivamente. En multitud de sentencias posteriores, el Tribunal Supremo incide en la misma línea jurisprudencial, entre otras las de 19-12-2003, 27-01-2006 y 04-06- 2007. En todas ellas, se reafirma en la tesis de que no es necesario la condena previa del delito base, ni siquiera que haya una individualización de la conducta que constituye el delito. Es decir, no se necesita determinar e identificar un hecho concreto. Es suficiente con una actividad genérica delictiva; de tal manera que los indicios que se aporten en el juicio permitan, de manera razonable, inferir que procede de un delito los bienes en cuestión, aunque no se pueda concretar el delito concreto del que provengan.

El Tribunal Supremo establece que tampoco este elemento objetivo del tipo, exige la necesaria existencia de un procedimiento judicial previo, por el delito antecedente o base. De tal manera que en la sentencia de 23-2-05, afirma que es suficiente para que concurra este elemento, la constancia de la relación del autor con un delito al que pueda vincularse el origen del dinero, sin que ni siquiera exija que se determine la autoría del delito precedente.

En lo relativo al elemento subjetivo del tipo, es necesario igualmente acreditar la intencionalidad o dolo. Para lo cual–como en el elemento anterior- es imprescindible acudir a la prueba de indicios: "las inferencias lógicas extraídas de hechos objetivos, que permitan afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito", con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 10-01-2000.

Los elementos que constituyen el injusto específico de cada figura delictiva pueden ser tanto objetivos como subjetivos, sin que esta afirmación suponga contradecir el esquema del que se parte, encontrándonos aún en sede del llamado juicio de antijuridicidad. La tradicional confrontación objetiva-subjetiva de la antijuridicidad y culpabilidad se truncó con la constatación de tipos penales en que se requería la presencia de momentos anímicos que hacían insuficiente una valoración puramente objetiva o externa de la conducta. Por ello, para proyectar el disvalor sobre determinadas conductas se tendrá que atender a elementos subjetivos.

Los tipos que contienen elementos subjetivos pueden clasificarse en delitos de intención, de tendencia y de expresión. El delito de blanqueo de capitales es considerado dentro de los delitos de intención (el autor persigue unos determinados fines) un delito de resultado cortado, que es aquél en el que se realiza un acto con el fin

de que se produzca un determinado resultado, que queda fuera del tipo; es indiferente que se logre alcanzar el fin propuesto.[3]

En lo que respecta al elemento subjetivo del delito de blanqueo de capitales, establecen las sentencias 974/2012, de 5 de diciembre, y 279/2013, de 6 de marzo, que sobre el conocimiento de que el dinero procede de un delito previo, el referente legal lo constituye la expresión "sabiendo", que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna conducta; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto de alguien (STS. 2545/2001, de 4-1-2002).

En definitiva, en el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas), sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave), por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc. Así, la STS 1637/2000, de 10 de enero, destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave (STS 2410/2001, de 18-12), o del tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad (SSTS. 1070/2003, de 22-7; y 2545/2001, de 4-1- 2002).

No es necesaria la existencia de una sentencia firme condenatoria, tampoco se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo, STS 1501 de 19-12-03. Si es preciso acreditar el estado anímico de certeza de la persona que realiza alguna de las conductas descritas en el tipo penal, sobre la procedencia ilícita de los bienes/dinero. Siendo suficiente la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la

[3] ROMERO FLORES, Beatriz. Profesora de la Universidad Internacional de la Rioja. Anales De Derecho. Universidad de Murcia. Número 20. 2002, pp. 297-333.

razonable inferencia o certidumbre sobre su origen ilícito, nos dice las sentencia del mismo Tribunal.

Las diversas sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, fijan como indicios más relevantes/determinantes los siguientes:

1) Como elemento de primera aproximación, la cantidad de capital que es lavado o blanqueado.

2) Vinculación o conexión con actividades ilícitas o con personas o grupos relacionados con las mismas.

3) Incremento inusual y desproporcionado del patrimonio del sujeto o el manejo de cantidades de dinero que, por su importancia, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias durante el período de tiempo al que se refiere la vinculación a la actividad delictiva.

4) Inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

5) La existencia de un complejo entramado societario con la única finalidad de sanear los capitales ilícitos, introduciéndolos en el tráfico mercantil y financiero.

6) Las sociedades pantalla se constituyen para intentar eludir las consecuencias derivadas de la procedencia ilícita de los capitales. Por tanto, en caso de que existan evidencias de que se trata de una sociedad meramente instrumental o pantalla, no es necesario citar a juicio a sus representantes legales, pues en reiteradas ocasiones se ha acreditado que el mandatario es un mero testaferro del verdadero titular de la misma.

7) Constatarse la existencia de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con los mismos, para admitir la agravación del art. 301.1 párrafo segundo del Código Penal.

8) A todos ellos podemos añadir, según la misma doctrina jurisprudencial, los de la apertura de cuentas por cortos períodos de tiempo, la ausencia de movimientos basados en actividades comerciales legítimas, la conversión inmediata en talones bancarios nominativos, la utilización de falsos documentos que pretendían justificar importaciones inexistentes, la elevada posesión de divisas, el fraccionamiento de

ingresos de depósitos bancarios -con la finalidad de eludir los límites legales establecidos para su declaración ante las autoridades- etc.

Tales circunstancias iniciales o indicios, convergen o se distancian, dependiendo del momento o la fase de la actividad de blanqueo de capitales en que se presenten. De la doctrina sentada, por las sentencias citadas, podemos obtener la siguiente clasificación sobre las fases de la actividad de blanqueo:

- De colocación: cuando el dinero entra por primera vez en el sistema financiero en el mercado lícito (en este momento se puede identificar a la persona que efectúa esta primera operación, que ya no suele ser el verdadero titular, sino otra persona interpuesta). Es la fase más permeable a la investigación, y la que puede permitir una mayor facilidad de engarce con el delito previo del que provienen los bienes.

- De encubrimiento: cuando se efectúan las actividades para la total ocultación de la fuente o propiedad de los bienes, incluso con la prevención de dificultar eventuales investigaciones, o sea, se maquilla su origen. Ejemplo de las mismas son la constitución de sociedades, el uso de testaferros, y las inversiones que se efectúan mediante escrituras públicas, debidamente registradas y por tanto, “transparentes"; pues, en ello, precisamente, consiste el delito que nos ocupa: en vestir como legítimas las ganancias derivadas de la comisión de delitos graves e introducir dicho dinero en el sistema financiero.

- De integración: cuando el dinero o los bienes, tras múltiples operaciones y transferencias, retorna al circuito financiero legítimo, convenientemente confundido o mezclado con otras actividades lícitas del sistema. Por ejemplo con la circulación de capitales, mediante el establecimiento de una red de sociedades en España y en el extranjero, concretamente en territorios no colaboradores, of shore o vulgarmente conocidos como paraísos fiscales; operaciones de compras de bienes seguidas de aportaciones no dinerarias a sociedades, etc.[4]

V. ¿QUÉ RELACIÓN UNE AL DELITO FISCAL CON EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES? CASO BALLENA BLANCA

El delito fiscal puede ser delito subyacente o previo al delito de blanqueo de capitales. La reforma del Código Penal de 2011 y la nueva Ley de Prevención del

[4] Sentencia Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª, Rollo 2001/11 P. Abreviado: 12/10.

Blanqueo de Capitales lo han establecido expresamente en España, y en Francia la jurisprudencia así lo ha declarado también.

De esta manera los delitos contra la Hacienda Pública se considerarían delitos previos del blanqueo de capitales, por lo que el defraudador fiscal puede ser condenado por delito contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales simultáneamente en el mismo proceso. Siendo esta la tesis seguida por nuestro más alto Tribunal en su Sentencia, Sala Segunda, de 5 de diciembre de 2012, que establece que el delito contra la Hacienda Pública sí que es un delito precedente del blanqueo y que, por tanto, si durante la investigación penal se puede identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota defraudada, podrá haber delito de blanqueo.

El citado Tribunal, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2013 establece, en su Fundamento Jurídico 2, que «(son punibles) los actos posteriores al hecho delictivo que tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio de un concreto hecho delictivo antecedente que son actos penados en el tipo penal objeto de inicial reproche y no procede ser objeto de su punición en otra figura delictiva, en la medida en que están penados y absorbidos por el delito del que traen causa.

El acto de transformación de las ganancias procedentes de un hecho delictivo que es objeto de sanción penal es un hecho que entra en la tipicidad del delito que lo genera. Esos hechos son también típicos del blanqueo pero su consideración de ser los mismos hacen que queden absorbidos por el primer delito y constituye un hecho posterior copenado. En este sentido Sentencias 202/2007, de 20 de marzo, y 20/2001, de 28 de marzo de 2001».

En esta relación tan estrecha entre ambos delitos hay posturas doctrinales y jurisprudenciales en las se decantan tanto por apoyar la tesis de que ambos delitos van ligados, como el corazón a la sangre, o como aquellas teorías que apuestan por decantarse por una interpretación literal y exacta del precepto en el que manifiestan que si el legislador no ha hecho mención a ello, no hay porque hacer una lectura entrelíneas del precepto como si hubiera que descifrar un mensaje oculto en su lectura. Esta última teoría es por la que se decanta el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Antonio Del Moral García, en la sentencia núm. 974/2012 dictada en el recurso de casación número 2216/11, dictado en el famoso caso Ballena Blanca, llamado así la operación contra el blanqueo de capitales llevada a cabo por la policía española en 2005 en

Marbella. Se trata de la mayor operación contra el blanqueo de capitales realizada hasta esa fecha en Europa, con ramificaciones en Estados Unidos, Canadá, Rusia, Turquía, Argelia, Irán y Marruecos. La operación desarticuló un despacho de abogados de Marbella, considerado como el centro neurálgico de la red de blanqueo de capitales. En este despacho se canalizaban inversiones millonarias procedentes de grupos relacionados con el crimen organizado dedicados al narcotráfico, tráfico de armas, prostitución, secuestros, ajustes de cuentas, homicidios y estafas.

La red, con la que colaboraban tres notarías, estaba compuesta por más de mil sociedades con sede en Gibraltar, Isla de Man, Panamá e Islas Vírgenes Británicas, que invertían preferentemente en el sector inmobiliario de la Costa del Sol. El valor de los bienes incautados en la operación en España fue de unos 250 millones de euros. Fueron detenidas unas 50 personas de distintas nacionalidades.

En la sentencia Ballena Blanca se concluye que el problema no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.[5]

VI. CONCLUSIÓN

Entre los delitos de guante blanco se encuentra el delito de blanqueo de capitales, el cual ocupa el último eslabón en la cadena criminal. Este tipo delictivo se encuentra en auge en la actualidad, aunque como ha sido expuesto su aparición en la conducta humana aparece desde la Edad Media, siendo ahora cuando su comisión ha aflorado con más fuerza siendo cometido por damas y caballeros de alta y baja cuna, los cuales confiaban en que a ellos nunca le llegaría la mano de la Sra. "Temis", Dama de la Justicia, a los que su arrogancia y narcisismo les ha llevado a sobrepasar los limites de la legalidad, al pensar que, coger, poseer, convertir, transmitir, ocultar, encubrir bienes

[5] CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido Magistrado De La Sala Segunda Del Tribunal Supremo. Ex Fiscal General Del Estado. Jornadas De Especialistas En Delitos Económicos. Centro De Estudios Judiciales, p. 15.

propios o de terceros sin querer saber o sabiendo de donde bien o van, si esos patrimonios son lícitos o no, eran inmunes al castigo de la ley, volviendo a suponer que solo los delincuentes de poco monta se sientan en el banquillo.

* * * * * *

Cristina Pascual Zaporta
Abogada colegiada en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Socia de la FICP.

~Planes de prevención de delitos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la nueva perspectiva del Tribunal Supremo a raíz de la Sentencia de 29 de febrero de 2016~

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 154/2016, de 29 de febrero, es la primera Sentencia del Alto Tribunal que entra de lleno al estudio de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas introducida en el año 2010 en nuestro ordenamiento jurídico, y que recientemente ha sido reformada en el año 2015.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero, condena a varias empresas por su participación en unos hechos constitutivos de un delito contra la salud pública, imponiéndoles penas que suponen la disolución de la sociedad con pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna, así como al pago de una multa de 775.633.440 €, concretándose para una de las sociedades, no su disolución, sino la prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años.

La referida Sentencia hace el primer estudio sobre la Responsabilidad Penal de la persona jurídica, analizando la reciente reforma del Código Penal sobre la materia. Destaca la Sentencia de 29 de febrero de 2016, que la absoluta carencia de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos (Modelos de Organización o Gestión para la prevención de delitos, o Planes de Prevención Penal), en relación a una de las empresas imputadas, impidió al Tribunal el poder aplicar ningún tipo de la eximente ni atenuante de la responsabilidad penal por la que se le condena, hecho que si habría tenido repercusión penalística de haber sido implantando en su estructura empresarial un Plan de Prevención Penal desarrollado y verificado correctamente como exige el Código Penal a tal efecto. Para el Tribunal Supremo, la presencia de adecuados mecanismos de control, supone la inexistencia misma de la imposición penal.

Expone la referida Sentencia en su Fundamento de Derecho Octavo que: "*El núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, …, no es otro que el de la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma,*

independientemente de aquello requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliaces" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar".

La Sentencia hace referencia a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, circular que valora los mecanismos de prevención de la comisión de delitos, como no podía ser de otra forma, como un dato determinante a la hora de establecer o no la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Es clara por tanto la Sentencia del Tribunal Supremo en cuanto a la conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de los instrumentos eficaces para prevenir la comisión de los delitos en el seno de su actividad social, siendo por tanto su existencia un motivo esencial para determinar o no la responsabilidad penal de las empresas.

II. CÓMO ACREDITAR QUE LOS HECHOS DELITOS SON COMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS

En la Sentencia se explica que se debe entender por "*debido control*" y por "*beneficio directo o indirecto*", carga de la prueba de la circunstancias eximente, eficacia de los planes de prevención penal, problemas con el derecho de defensa, reglas penológicas, sociedad pantalla, etc… se intentará analizar todos estos extremos, y finalmente la sentencia existen 7 votos particulares de 15 magistrados.

El Tribunal Supremo confirma la condena impuesta a las entidades por su participación como instrumento jurídico respecto del delito contra la salud pública por el que se condena a sus administradores (recuerden, el tráfico de drogas es uno de los delitos que pueden cometer las personas jurídicas). Las sociedades eran utilizadas para articular actividades de importación y exportación de máquinas en cuyo interior se encontró sustancia estupefaciente.

Los requisitos que han de quedar acreditados para que una persona jurídica sea penalmente responsable (art. 31 bis 1 CP), cuya carga de la prueba recae sobre la acusación, son los siguientes:

- La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comente. En este caso, contra la salud pública (art. 369 bis CP).

- Que las personas físicas autoras de dicho delito sean integrantes de la persona jurídica. En esta ocasión como administradores.

Sobre este presupuesto inicial de responsabilidad se basa la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces.

Para juzgar la actuación de la persona jurídica se ha de partir del análisis acerca de **si el delito cometido por la persona física en su seno ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho**. Ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que podrían dar lugar a la concurrencia de la eximente prevista. Es decir, **el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica es el de la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, independientemente de los requisitos concretados legalmente en la forma de "compliaces" o "programas de cumplimiento" exigidos para la aplicación de la eximente** que, además ciertas personas jurídicas por su pequeño tamaño o menor capacidad económica no pudieran cumplidamente implementar.

En consecuencia, según la postura mantenida por la sentencia mayoritaria:

- No tener implantado un plan de prevención penal ajustado a los requisitos que el art. 31 bis establece no implica automáticamente la condena de la persona jurídica, pues las "medidas de control adecuadas" no se reducen a los modelos de *compliance*, en consonancia con la cultura de cumplimiento que la norma penal persigue.
- En la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados; pero esa actuación no ha de pensar como obligación ineludible sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal en el caso de la persona jurídica. La circunstancia de exención persigue posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad.
- No se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito en el seno de la persona jurídica.

Este criterio es contrario al de la Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado, la cual viene a decir: si hay delito y si sus autores son integrantes de la persona jurídica (requisitos del art. 31 bis 1 CP), la sociedad será penalmente responsable (de manera más o menor automática") a no ser que tenga un modelo de organización y gestión que cumpla las exigencias del art. 31 bis 5 CP.

III. ANÁLISIS DETALLADO DE LA SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 2016

1. Voto general

La primera de las sentencias citadas, la de 29 de febrero de 2015, ya anuncia que considera de interés dejar constancia de una serie de precisiones *"a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo".*

Es clara, por tanto, la finalidad de dicha sentencia de ir sentando doctrina jurisprudencial sobre la materia, a través de unas precisiones que inevitablemente debemos estudiar si se quiere comprender el sentido y dirección de los preceptos que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Estas **precisiones** las resumimos en las siguientes:

1. **Los "derechos y garantías constitucionales** (…) como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, **ampararían también a la persona jurídica** de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

2. El **sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa**:

a) En la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad,

b) **En la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces** que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

c) La determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por **la ausencia de una cultura de respeto al Derecho**, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran.

d) Esta cultura de respeto al Derecho **habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos**enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

3. **La exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces** cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

4. A juicio de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de febrero de 2016, **la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.**

5. Lo que persigue esencialmente no es otra cosa que **posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales** para la entidad.

6. El **núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica** es la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos

7. **La acreditación de la inexistencia de esas medidas de control adecuadas**, para no incurrir en un supuesto de responsabilidad penal objetiva**, habrá de corresponder a la acusación**, por ser el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Cuando el delincuente es el propio representante/administrador de la persona jurídica.

Se plantea también, en esta sentencia, el problema del conflicto de intereses que pueda surgir a la hora del otorgamiento del derecho a la última palabra que ampara el derecho fundamental del artículo 24 de la CE, e incluso el ejercicio de la propia defensa durante la instrucción o ya en fase enjuiciadora. Es decir, cuando la propia persona física sujeto activo del delito coincida en la representación de la persona jurídica. En palabras de la propia sentencia *"en estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación."*

La no regulación en el propio código penal de la posible figura de un defensor judicial, lleva al Tribunal a sugerir la posibilidad que entiende legalmente amparada de, una vez acreditar la responsabilidad en el delito de administradores y representantes de la persona jurídica, repetir, cuando menos, las sesiones del juicio oral con una nueva representación de la entidad para garantizar su derecho a la legítima defensa.

Tras esta disertación, la Sala también sugiere a Jueces y Tribunales que en sucesivas actuaciones garanticen el derecho de defensa de la persona jurídica cuando haya coincidencia entre el representante de ésta y la persona física a la que se le atribuye el hecho delictivo.

Respecto a las sociedades meramente instrumentales o "pantalla", no puede ser aplicado lo anterior, a criterio del TS. Reproduciendo literalmente y, por tanto, asumiendo los postulados de la citada Circular 1/2016 de la FGE, reconoce que desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así **tres categorías de personas jurídicas**:

1. Aquellas **personas jurídicas que operan con normalidad en el mercado** y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. **Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal**. Como se advierte en el citado auto, "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo." Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas "instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal." El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de **personas jurídicas inimputables aquellas sociedades** cuyo "carácter instrumental exceda del referido, es decir que **lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos"** (auto de 19 de mayo de 2014 , cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta

de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo."

Y acude el TS también a los efectos previstos en el artículo 129 del CP para así alcanzar la condena de la disolución y prohibición definitiva de actividades para la persona jurídica.

Haciendo referencia los hechos precursores de la sentencia, las entidades sujeto del procedimiento eran tres, cuyo nombre huelga citar. Dos de ellas realizaban actividades comerciales diversas, no así la tercera a la que no se le conoció actividad, y eran utilizadas por el condenado para articular actividades de importación y exportación de máquinas en cuyo interior se encontró sustancia estupefacientes.

2. Voto particular

Recae sobre cuatro puntos:

a) Vulneración del principio de contradicción: El voto particular hace referencia a la imposibilidad de dar respuesta a todas las cuestiones que se plantean en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo, desde su punto de vista, existen cuestiones de índole procesal relevantes que si se han rebatido y se han solucionado, como por ejemplo la consideración de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación. Y ante esta cuestión critica que el Ministerio Fiscal no haya debatido este extremo para así resolver este punto. De ahí que este pronunciamiento tiene naturaleza de "*obiter dicta*" pues, no ha constituido la "*ratio decidendi*" del fallo.

El fallo también critica a que el Ministerio Fiscal se ha pronunciado según las Circulares 1/2011 y 1/2016, en referencia a la cuestión planteada y que tiene una postura clara por su parte, diferente de la del Alto Tribunal en cuanto a la calificación de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado

necesariamente caso a caso por la acusación, en relación con la eventual concurrencia de la eximente prevenida en los párrafos 2º y 4º del art. 31 bis del CP. Y por tanto, este criterio debería de haberse oído a los efectos de resolver esta cuestión.

b) Ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo: La acusación debe probar el tipo objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas determinados en el párrafo a) y b) del párrafo 1º del art. 31 bis del CP. Ello es así porque las personas jurídicas son responsables penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo, porque es culpable. Por tanto, la acusación deberá acreditar en cada caso específico este elemento objetivo.

c) La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?: El párrafo 2º y 4º del art. 31 bis del CP establece una exención para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno. Por tanto, esta exención para ser aplicada se debe observar caso por caso a los efectos de determinar la exclusión de la responsabilidad penal en el caso que dentro de la persona jurídica se tuviera estos mecanismos adoptados. Y para poder ser apreciada como cualquier otra exención debe ser acreditadas como el hecho delictivo, por la parte que la alega.

El fallo determina que la aplicación de la exención no es distinta en las personas jurídicas que en las físicas, se configuran de igual modo, pudiendo apreciarse la exención total o parcial y, para ello, **no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito.**

d) Incongruencia de la resolución: El fallo particular plantea la incongruencia de la resolución en base a que no cabe apreciar en momento alguno que se haya declarado probado que la empresas condenadas careciesen de una *cultura de respecto al derecho*, o más simplemente que *careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito*, que según la sentencia mayoritaria debería haberse acreditado por la acusación y

figurar en los hechos probados como núcleo de la tipicidad. Por tanto, constituye doctrina de la Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que si realmente considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia. De allí que exista esta incongruencia entre lo solicitado y lo resuelto.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL POR LOS ACTOS DE LOS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS

1. Requisitos

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de los "directivos", comprendiendo en este concepto de compleja definición, requiere:

- Que el directivo haya cometido un delito actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica.
- Que haya actuado en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.
- La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad criminal si cumplen las siguientes condiciones:
  - Que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
  - Que se haya confiado la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implando a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
  - Que los autores individuales que cometan el delito hayan eludido fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

- Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

2. Responsabilidad penal por los actos de los empleados

Con la reforma del Código Penal en el año 2010 se redujo notablemente la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica ya que no todo incumplimiento conlleva esa responsabilidad. Tiene que tratarse de un incumplimiento grave. La reforma complica sobremanera la declaración de responsabilidad penal por los delitos cometidos por los empleados ya que, de un lado, es preciso determinar de acuerdo con la abundante normativa extrapenal los deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades en cuyo ámbito se ha producido el delito, y de otro, determinar qué facultades corresponden individualmente a los administradores, puesto que la responsabilidad penal de la persona jurídica en este caso no surge por un defecto de control o por la inadecuación de los modelos de organización y control de la propia sociedad sino por el incumplimiento de las obligaciones personales atribuidos a las personas físicas.

3. Programas de prevención penal (*compliance programs*)

La exención de la responsabilidad penal de una persona jurídica pasa por la existencia de un programa de prevención de delitos. Con este programa es donde se instala la nueva cultura en las empresas, a fin de que de forma proactiva eviten la comisión de los delitos. Tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, determine el elemento objetivo. Se requiere la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión que contenga medidas de prevención y control idóneas para prevenir el delito de que se trate o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Este programa debe ser según el art. 31 bis del CP:

a) Idóneo: es necesario que el programa haya valorado como posible el riesgo de la comisión del delito y haya establecido medidas abstractamente eficaces para prevenirlo.

b) Ejecución eficaz: Se debe valorar que le programa haya sido adoptado antes de la comisión del delito y que se está ejecutando con eficacia.

c) Órgano de control del programa autónomo: Depende de ello en buena medida de la cultura corporativa y del tamaño de la empresa.

d) La actuación del directivo ha de sortear fraudulentamente el plan de prevención aprobado por la persona jurídica: La falta de precisión normativa permite que cualquier conducta fraudulenta pueda ser tomada en consideración.

e) El órgano de control no haya incurrido en omisiones o en el ejercicio insuficiente de sus facultades de supervisión, vigilancia y control: De aquí que debe ser este programa eficaz.

f) En caso de persona jurídica de pequeña dimensión se atribuye al administrador las funciones de supervisión: Ello no significa que se excluye el deber de implantar un plan de prevención de control ajeno a la dirección.

g) Requisitos del plan de prevención:

1. Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenido.
2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezcan el modelo.
6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios.

V. PUNTOS AÚN POR ACLARAR TRAS LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN RELACIÓN A OTRAS DOS SENTENCIAS Y A LA CIRCULAR 1/16

La condena de la persona jurídica como responsable penal de un delito puede incluso conllevar su disolución. El miedo a tener que asumir la pena más grave planea sobre la persona jurídica y plantea numerosos interrogantes a sus responsables, quienes no alcanzan a entender hasta qué punto deben ser diligentes en sus modelos para poder asegurar que la persona jurídica no sea condenada por la conducta delictiva de sus representantes o empleados.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado ya refleja que es imposible, por muy diligente que sea la persona jurídica, que el riesgo de comisión de delitos se reduzca a cero, por lo que no va a ser exigible y en ese sentido pueden estar tranquilos.

En cuanto a la disolución de la persona jurídica, solamente si la actividad legal de la persona jurídica es menos relevante que su actividad ilegal, o si ha habido reincidencia, podrá acordarse su disolución (art. 66bis CP), en consecuencia, el Tribunal Supremo exige que una eventual Sentencia por la que se condene a la disolución de la persona jurídica, vaya acompañada de una motivación suficiente y adecuada, que arroje luz sobre el razonamiento seguido por el Juzgador para evaluar la relevancia de la actividad legal de la persona jurídica en relación con el delito cometido. Esta cuestión es como se determina en la sentencia de 29 de febrero de 2016.

Poco a poco, esta y otras preguntas nacidas a raíz de la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010 van teniendo respuestas que no están exentas de controversia.

Debido a la necesidad de interpretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el propio Legislador la desarrolló y aclaró a través de la necesaria y esperada reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica de 30 de marzo de 2015. También el Tribunal Supremo ha tenido a día de hoy la oportunidad de pronunciarse en tres Sentencias sobre este tema, y la Fiscalía General del Estado ha dedicado una Circular únicamente a tratar la responsabilidad penal de la persona jurídica y a establecer las directrices que los fiscales deben seguir a la hora de plantear la acusación en estos casos.

Como primer elemento relevante, es tranquilizador comprobar que tanto en la Sentencia de 2 de septiembre de 2015, como en las posteriores de 29 de febrero y 16 de

marzo de 2016, el Tribunal Supremo mantiene y asegura que se apliquen a la persona jurídica los mismos derechos y garantías que presiden los casos de las personas físicas, sin que pueda prescindirse en ningún caso de los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal. Así, el Alto Tribunal establece que en los procesos seguidos contra personas jurídicas también rige el principio de proporcionalidad, el derecho al Juez legalmente establecido, el derecho a un proceso con garantías, a la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia -por lo que es la acusación quien debe probar la comisión del delito-, etc…

También coinciden las Sentencias en el hecho de que la condena a la persona jurídica tiene que tener como condición indispensable que ese haya acreditado la comisión de un delito por parte de una persona física de las que puedan interferir responsabilidad a la persona jurídica, pues así lo exige el propio texto del Código Penal (art. 31 bis).

Sin embargo, existen varias cuestiones en las que no existe acuerdo, tanto es así, que ya la primera Sentencia en la que se hizo un análisis pormenorizado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –la Sentencia 154/2016 del Tribunal Supremo dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal- cuenta con un voto particular que evidencia la existencia de puntos controvertidos que por tanto, y según se refleja en la Sentencia de 16 de marzo de 2016 "*aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso de ulterior matización*".

Uno de los puntos de discrepancia a destacar es el que obligaría a la acusación, como condición indispensable para condena de la persona jurídica, a probar que los instrumentos de prevención y detección. Mientras que parte de los Magistrados entendieron en la Sentencia de 29 de febrero de 2016 que es esencial que el Fiscal destine su prueba también a acreditar esta falta de idoneidad y de cultura de control, los que suscribieron el voto particular, siguiendo lo fijado por la Fiscalía en su Circular, consideran que esta prueba no es necesaria en los casos de comisión del delito por los representantes de la persona jurídica pues no está expresamente recogido en el Código Penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAVATER, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance" (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009). Diario La Ley nº 7442. Julio 2010. Año XXXI. Editorial la Ley.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal en los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP). Diario la Ley nº 7541. Año XXXII. Editorial La Ley.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. WEB del Consejo General del Poder Judicial. Junio de 2011.

GÓNZALEZ CUSSAC, José L. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quarter y quinquies. Artículo integrado en la obra colectiva "Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Ed. Librería Jurídica. Barcelona 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Aranzadi SA. Navarra 2015.

* * * * * *

Silvia María Rosales Pedrero
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia de la FICP.

~La acumulación de condenas~

Sumario.- El presente trabajo tiene por objeto analizar los presupuestos y requisitos de la acumulación de condenas, teniendo en cuenta no sólo los criterios interpretativos que la Jurisprudencia ha ido estableciendo en los últimos años, sino también la nueva redacción del artículo 76.2 CP afectada por la última reforma del Código.

Palabras clave.- Acumulación jurídica; condena; conexidad; ejecución; límites de cumplimiento; pena; reinserción social; refundición

El incidente de acumulación de condenas se prevé en nuestro ordenamiento en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aquellos supuestos en los que el penado haya sido condenado a varias penas de la misma naturaleza, ya sea en el mismo o distintos procesos, estableciendo el artículo 76 del Código Penal una serie de límites temporales para el cumplimiento de las mismas. Dicho precepto se ha visto afectado por la última reforma del CP operada por LO 1/2015 de 30 de marzo, regulación que introduce novedades en esta materia.

I. FUNDAMENTO

El fundamento del instituto de la acumulación de condenas se orienta a reconocer con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad puede producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente lo contrario de lo que señala el artículo 25.2 de la Constitución, en cuya virtud, las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social siendo, por tanto, dicha finalidad la que debe cumplir la pena en nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Sin embargo, la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos como la retribución o, especialmente y en mayor medida, los efectos de que ella se pretenden en orden a la prevención general y especial.

Por ello, la interpretación de los preceptos que regulan la institución objeto del presente estudio debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad, evitando que

pudiera generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros en aquellos casos en los que las penas impuestas en las primeras sentencias superasen los máximos establecidos en la ley. Por otra parte, los distintos grados previstos en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario pueden permitir, a través de su correcta aplicación, el avance posible en cada caso en la reinserción del delincuente, lo cual no debe ser incompatible con el respeto a aquellos fines asignados a la pena, aun cuando la duración total de la privación de libertad se prolongue más allá de los límites generales del artículo 76 ante la imposibilidad de proceder a la acumulación con las demás penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos periodos temporales.

En los preceptos que regulan el instituto de la acumulación de condenas debe adoptarse una flexibilidad interpretativa cuyo fundamento no es otro que el de atender, en la fase penitenciaria, a la finalidad constitucional de la pena constituida por la reinserción social, y en consideración a principios humanitarios. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, podrían haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de las infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no fueron todos enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de todas las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos fijados por nuestras leyes sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios ajenos, como se ha expuesto, a los avatares procesales concretos de cada procedimiento.

II. REGULACIÓN LEGAL

El artículo 75 CP dispone que cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las distintas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible. Ahora bien, siendo la disposición anterior una regla general, la excepción se recoge en el artículo 76.1 CP, al establecer que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable *no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido,*

declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años (o de 25, 30 o 40 años en el caso de comisión de determinados delitos muy graves). Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

Además, hay que tener en cuenta que aquélla limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar (art. 76.2 CP).

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 76 dada por la LO 1/2015 responde al objetivo claro de adaptarlo a las exigencias de la reiterada doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 LECrim y 76 CP para la acumulación jurídica de penas, estimando que, más que la analogía o relación entre sí de los delitos, lo relevante es la conexidad "temporal". Es decir, que los hechos se hubiesen podido enjuiciar en un solo proceso, en atención al momento de su comisión.

De esta manera los únicos supuestos excluidos de la acumulación son los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación, y los cometidos con posterioridad a tal sentencia.

La fecha determinante para decidir si procede o no la acumulación es la de la sentencia más antigua en el tiempo. Por ello resulta obligado tomar la misma como punto de partida a la hora de examinar las distintas fechas en que fueron cometidos los hechos enjuiciados en otras causas penales cuyas condenas se pretenden acumular.

En relación con este extremo, y en concreto en lo que afecta al régimen de reconocimiento de efectos de cara a la acumulación de las penas impuestas en sentencias dictadas por jueces y tribunales de otros Estados de la Unión Europea, a las que se reconoce plenos efectos para integrar la agravante de reincidencia y a los fines de suspensión de condena y libertad condicional, habrá de estarse a lo dispuesto en la *LO 7/14 de 12 de noviembre sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones penales de la Unión Europea*. Su interpretación provocó

un interesante debate en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Seis de sus integrantes cuestionaron la acomodación de la *LO 7/14* a la Decisión Marco que aquella transpuso, *Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio*, por lo que propusieron el planteamiento de una cuestión prejudicial[1].

El trámite procesal de fijación del límite de cumplimiento está previsto en el ya referido artículo 988 LECrim; así, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 CP, determinando, por consiguiente, el máximo de cumplimiento de las mismas.

Al hilo de lo anterior es necesario distinguir el incidente de acumulación de condenas de otros instrumentos previstos en la legislación penitenciaria. En este sentido, se observa en la práctica forense que, para referirnos a este incidente concreto, se suelen utilizar indistintamente los términos «acumulación» o «refundición» de condenas.

En realidad, el modo en que se denomine tal incidente resulta indiferente, pues el artículo 988 LECrim no se refiere a él con un término específico, sino que simplemente se establece que el Juez dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. En cambio, en el segundo párrafo del artículo 76 CP, como hemos visto, sí se alude a los hechos que son objeto de «acumulación».

En cualquier caso, con independencia de que se utilice el término «acumulación» o «refundición» de condenas, el incidente al que alude el artículo 988 LECrim no debe confundirse con el instrumento que prevé en la legislación penitenciaria para la suma de las distintas penas de prisión que esté cumpliendo un condenado. En este sentido, el artículo 193 del Reglamento Penitenciario establece un instrumento que se conoce en la práctica como «refundición» y que sirve de base para el cómputo de las 2/3 o 3/4 partes de la condena a efectos de concesión de la llamada libertad condicional, de tal modo que la suma de las penas se considerará una sola condena, precisamente para evitar que, al producirse el cumplimiento sucesivo de las penas, el condenado pudiera disfrutar de libertad condicional en cada una de sus condenas, debiendo reingresar al término para iniciar el cumplimiento de la siguiente.

[1] Ver STS 874/2014, de 27 de enero , y los votos particulares que la acompañan.

En cambio, la acumulación de condenas a la que se refiere el artículo 988 LECrim tiene por objeto la efectividad de los límites máximos de cumplimiento que contempla el artículo 76 CP cuando, por imposición de varias penas correspondientes a distintos delitos —ya hayan sido enjuiciados en un solo proceso o en varios—, la suma de todas ellas pueda exceder de tal limitación.

En consecuencia, aun cuando en la práctica, las expresiones «acumulación» o «refundición» de condenas suelen utilizarse indistintamente para referirnos al incidente previsto en el artículo 988 LECrim, resulta necesario distinguirlo del cómputo al que alude el Reglamento Penitenciario, siendo dos figuras independientes y no excluyentes entre sí.

III. INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE CONDENAS

El artículo 988 de la LECrim establece: *"Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley , lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado.*

Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.

Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el juez o tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de estas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de ley.".

Por su parte, el artículo 76 del Código Penal, según redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece los tiempos de máximo cumplimiento:

"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años[2].

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.".

1. Competencia

Será competente para fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas, el Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia. Y ello aún en el caso de que esta última condena no sea acumulable a las anteriores sentencias. Es decir, el último órgano judicial que haya dictado sentencia será quien deba examinar, de oficio o a instancia del penado o del Ministerio Fiscal, si todas las anteriores condenas son susceptibles de acumulación y, en caso de que resulte más beneficioso para el reo la aplicación de los límites establecidos en el artículo 76 CP que la suma de todas ellas,

[2] Letra d) modificada en cuanto que las referencias a "delitos de terrorismo" se entenderán hechas a "delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo" por disp. adic. 1 de la LO 5/2010, de 22 de junio.

será dicho Juzgado o Tribunal el que fijará el límite máximo temporal que debe cumplirse.

Las razones que justifican la competencia del último órgano sentenciador para realizar la acumulación de condenas son esencialmente tres: en primer lugar, un razonamiento de derecho positivo, dado que el artículo 988 de la LECrim atribuye la obligación de *"fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas al Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia y no exige que se trate de la última sentencia acumulable"*; en segundo lugar, por razones constitucionales con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los penados, pues en una materia tan sensible para el derecho fundamental a la libertad como es la determinación del límite de cumplimiento de las penas de prisión no puede desampararse a aquellos internos que se han dirigido para la determinación de dicho límite al juez o tribunal al que la ley atribuye expresamente la competencia por ser el que ha dictado la última resolución condenatoria, con el pretexto de que esa sentencia en concreto no es acumulable, cuando es fácil apreciar que sí lo son otras de las sentencias que se relacionan ante el juzgador, sometiendo con ello al reo a un desalentador peregrinaje de jurisdicciones para poder obtener lo que le corresponde en derecho; y en tercer lugar, por razones de seguridad jurídica, pues si bien es clara y objetiva por responder a un factor puramente cronológico la determinación de cuál es el juez o tribunal que ha dictado la última sentencia condenatoria, no lo es tanto si hay que buscar al que ha dictado la última sentencia acumulable. Esta última determinación requiere una valoración jurídica susceptible de diversidad de interpretaciones y generadora de inseguridad, lo que se puede evitar acudiendo a un criterio competencial fundado exclusivamente en el elemento temporal.

El último tribunal sentenciador debe decidir no solo de la posible acumulación de las condenas en conjunto, sino de la acumulación entre sí de las condenas incluidas en los distintos bloques que surjan al aplicar los criterios antes mencionados.

Finalmente, la *STS de 10-2-2010* declara que el hecho de que el artículo 988 de la LECrim adjudique la competencia para la fijación del límite de cumplimiento al juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia encierra tan solo un criterio de atribución competencial, pero no impone que esa última resolución, en atención a su fecha, sea la que inspire la procedencia o improcedencia de la acumulación interesada.

En efecto, la competencia atribuida al Juez o Tribunal que dictó la última sentencia, no implica en modo alguno que tal sentencia sea la que determine la

acumulación, sino que la sentencia de fecha más antigua será de la que deba partirse para examinarse las siguientes condenas hasta llegar a la última y establecer, en su caso, la procedencia de acumular las distintas condenas en una sola, o acumulando las condenas por bloques. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo, cuando determina que una cosa es el criterio competencial para efectuar la acumulación que efectúa el artículo 988 LECrim y otra distinta que la sentencia que determina la acumulación es la de fecha más antigua de todas las que se pretenden acumular, con independencia del órgano que la hubiere dictado.

Teniendo en cuenta que el fundamento que rige la acumulación es precisamente que los hechos por los que una persona fue condenada pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, y por tanto sería de aplicación a tal condena los límites establecidos en el artículo 76.1, es lógico que la sentencia de la que debe partir la acumulación es la de fecha más antigua, pues si los hechos a los que se refieren las condenas posteriores tuvieron lugar antes del dictado de aquélla, resulta evidente que en tal procedimiento podrían haberse enjuiciado todos ellos de forma conjunta.

Por otro lado, no se deberá tener en cuenta la firmeza de tal sentencia para el límite de la acumulación. Ello no quiere decir que tal sentencia no deba ser firme, pues es evidente que únicamente las sentencias firmes son ejecutables, sino que para determinar cuál es la sentencia más antigua habrá que estar a la fecha en que ésta fue dictada, con independencia de la fecha de su firmeza. Así lo establecido el Tribunal Supremo en Acuerdo de 29 de noviembre de 2005, y lo ha reiterado en sentencia de 21 de julio de 2005.

Ahora bien, de la nueva redacción del art. 76.2 introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo, se desprende que lo que determina ahora el límite para la refundición no es ya la fecha de la primera sentencia, sino la de celebración del juicio que dio lugar a la primera condena.

2. Asistencia Letrada

Aunque la LECrim no prevé en su articulado el trámite de audiencia del Letrado del acusado, y aunque el artículo 988 no lo exija expresamente, la asistencia y audiencia al condenado a efectos de la resolución del incidente está implícita en la propia regulación de éste y se prescinde de las reglas esenciales del procedimiento afectando al derecho a la defensa y a la asistencia letrada cuando el solicitante de la acumulación no

está asistido de Letrado de su designación o de oficio en otro caso, debiendo proceder, cuando así ocurra, a decretar la nulidad de lo actuado, retrotrayendo las actuaciones al momento del procedimiento en que debió dotarse al solicitante de la pertinente asistencia de letrado.

Por tanto *"... es insuficiente la mera petición personal del condenado para iniciar el procedimiento sin que con posterioridad, asistido técnicamente por letrado, se le dé audiencia a la vista de la documentación unida (hoja histórico penal y testimonio de las sentencias condenatorias) y dictamen del Ministerio Fiscal. Por ello, la Jurisprudencia de esta Sala ha entendido que se vulnera el derecho de defensa cuando se omite el traslado del procedimiento al condenado y su asistencia letrada, que deberá propiciarse de oficio a falta de designación particular"*[3].

El incidente de refundición de sentencias tiene la estructura de un proceso contradictorio en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardado, produciéndose una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, cuando el incidente se inicia a solicitud del interno sin estar asistido de dirección letrada que con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión, encontrándose en igualdad de situación frente a la otra parte procesal necesaria en este incidente, que es el Ministerio Fiscal[4].

Resumiendo la doctrina jurisprudencial en relación con el nombramiento de Letrado, la *STS de 26-5-2010* declara que[5]:

"A) Es deber de los tribunales de justicia velar por que tal requisito de postulación quede cumplido. Incluso esta sala ha de proceder de oficio al respecto.

B) Ha de abarcar tal requisito de postulación a la intervención de los dos profesionales mencionados, abogado que defienda y procurador que represente, tal y como fue exigido para actuar en los diversos procedimientos por delito cuyas condenas se acumulan o refunden.

[3] STS 15 de febrero de 2012. ROJ: STS 795/2012. N.º Sentencia: 73/2012. Recurso: 11549/2011. Sección: 1. Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

[4] STS 22 de diciembre de 2011. ROJ: STS 9004/2011. N.º Sentencia: 1371/2011. Recurso: 11234/2011. Sección: 1. Ponente: Joaquín Giménez García.

[5] STS 26 de mayo de 2010 . ROJ: STS 2799/2010. N.º Sentencia: 458/2010. Recurso: 11179/2009. Sección: 1. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

C) Si han de nombrarse tales profesionales de oficio, ha de tenerse en cuenta que no son válidos los nombramientos realizados con anterioridad, esto es, los efectuados en las causas cuyas condenas han de acumularse. El expediente de refundición de penas del art. 988 LECrim es un procedimiento diferente de aquellos otros seguidos para cada una de esas condenas. Son procesos distintos a los efectos de lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita".

3. Requisitos del expediente

A los efectos de no causar indefensión a la parte que inste el expediente de acumulación de condenas a que se refiere el artículo 988 de la LECrim, es imprescindible que junto a la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes que corresponda al solicitante se unan a las actuaciones los testimonios de todas las sentencias cuyas condenas pretendan acumularse, a fin de fijar el límite de cumplimiento de éstas; exigiéndose también, de otra parte, que en el auto que se dicte se relacionen la totalidad de las penas impuestas al reo en los distintos procesos que se le hubieran seguido por hechos que pudieran haber sido objeto de uno solo por efecto de la conexidad, pues ello, junto a los de las fechas de comisión de los diferentes hechos delictivos sancionados y sus respectivas tipificaciones, y las de las sentencias recaídas, son datos elementales para poder determinar el límite máximo de cumplimiento que proceda[6].

Resulta necesario, según el anterior criterio, la aportación de la hoja histórico penal del interesado y a la vista de ésta estudiar la procedencia de la acumulación sin exclusión de ninguna de las condenas. La propia naturaleza del ejercicio del *ius puniendi* es incompatible con la disponibilidad por el condenado de la ejecución de la pena a su antojo o interés particular, siendo una norma imperativa el artículo 76 CP y, por lo tanto, sujeta a los principios de legalidad y oficialidad. El criterio de la conexidad temporal en trance de acumular jurídicamente las penas impuestas a un mismo condenado es de obligado cumplimiento y no admite excepciones de conveniencia[7].

Incluso en el caso de que alguna de las condenas se haya extinguido, debe ser objeto de estudio al objeto de dictar el auto de acumulación. La única exigencia para la acumulación de condenas impuestas a una persona es que los hechos por los que haya

[6] STS 19 de enero de 2012 . ROJ: STS 252/2012. N.º Sentencia: 13/2012. Recurso: 11419/2011. Sección: 1. Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

[7] STS 11 de diciembre de 2008 . ROJ: STS 7366/2008. N.º Sentencia: 943/2008. Recurso: 10394/2008. Sección: 1. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

sido condenada pudieran haber sido enjuiciados en un mismo proceso, atendido el momento de su comisión (v., *ad exemplum* , *STS de 30 de junio de 2004*), debiendo excluirse, por tanto, aquellos hechos de fecha posterior a la de la sentencia o de las sentencias cuyas condenas se acumulen, sin que, en ningún caso, puedan ser excluidas las condenas ya cumplidas. En el supuesto de que una persona haya sido condenada por distintos delitos, sea en único proceso o en varios, el Código Penal establece que, cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en la forma que ha puesto de manifiesto la *STS de 28 de febrero de 2006*, dictada por el pleno jurisdiccional, por lo cual, es evidente que el cumplimiento previo de alguna de las penas impuestas no constituye óbice alguno para la aplicación de la institución de la acumulación de condenas[8].

4. Conexidad

El artículo 988 de la LECrim determina como objeto de acumulación, las condenas dictadas en distintos procesos que pudieran ser objeto de uno solo, remitiéndose a las normas de conexidad del artículo 17 de la LECrim que vienen interpretándose por la jurisprudencia en un sentido amplio.

Efectivamente, en relación con el requisito de la conexidad atendiendo al espíritu resocializador que anima el régimen de cumplimiento de las penas, se ha superado un antiguo criterio que ponía el acento en la concurrencia de la "conexidad" de los hechos que motivaron la aplicación de las penas cuya refundición se solicitaba, en los términos en los que dicha "conexidad" es contemplada en el artículo 17 de la LECrim. En la actualidad se atiende tan solo a un criterio estrictamente cronológico, es decir, tan solo referido al dato esencial de que, en definitiva, los delitos hubieran podido ser realmente enjuiciados en un mismo procedimiento, a la vista de las diferentes fechas de acaecimiento y posterior enjuiciamiento de estos. Tal solución además se asienta no solo en la propia exigencia expresa contenida en el artículo 76 del Código Penal, sino, también, en el hecho evidente de que, de no hacerse así, siempre serían posibles sucesivas acumulaciones de condenas *ad infinitum*, de modo que quien ya hubiera alcanzado la primera de ellas dispondría de la impunidad de sus ulteriores conductas infractoras, cuyo castigo quedaría englobado en aquélla, sin repercusión alguna,

[8] STS 15 de mayo de 2008. ROJ: STS 2967/2008. N.º Sentencia: 297/2008. Recurso: 11026/2007. Sección: 1. Ponente: Luis Román Puerta Luis.

especialmente cuando la pena ulteriormente impuesta fuera igual o inferior a la que ya sirvió de base para fijar el límite del resultado de la acumulación. Y más aún, si se hubiera alcanzado ya el límite máximo de los veinte o treinta años, en cuyo caso cualquier delito posterior, por grave que fuera, carecería de toda repercusión sancionadora, anulándose así los fines de prevención propios de la norma penal[9].

La Sala Segunda ha propiciado una interpretación flexible del instituto de refundición y acumulación de penas reguladas en los artículos 76 CP y 988 LECrim. Con arreglo a la clasificación de penas que realiza el artículo 32 CP no cabe el cumplimiento simultáneo de las penas privativas de libertad. Por ello, cuando una pluralidad de acciones ocasiona una pluralidad de delitos, se produce lo que doctrina y jurisprudencia denominan concurso real de delitos en el que el derecho antiguo seguía, normalmente, un sistema de acumulación material para el cumplimiento de todas las penas correspondientes a los delitos o faltas cometidos, que en el derecho moderno suele rechazarse, al menos en su forma pura, proponiéndose, si no un sistema de absorción en el que las penas menores son absorbidas por la más grave, sí un sistema de exasperación o incremento de la pena más grave o bien el de acumulación jurídica, que partiendo de la acumulación material establece un tope.

En nuestro Código Penal se sigue un sistema mixto: acumulación material en los artículos 73 y 75, y acumulación jurídica, del artículo 76, en cuanto partiendo de la acumulación material establece un doble tope: triplo de las más graves, sin exceder de 20 años, aunque este último límite admite determinadas ampliaciones expresadas bajo las *letras a), b), c)* y *d),* las dos últimas introducidas por LO 7/2003 *y e)* introducida por LO 1/2015; y la limitación del n.º 2 adicionada inicialmente al artículo 70 del CP derogado por LO 2/67 de 8.4, que modificó el artículo 988 LECrim al que añadió un tercer párrafo, creando un nuevo recurso de casación, en relación con la aplicación de esta limitación que se efectuará mediante auto por el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia y no por el de Vigilancia Penitenciaria (*autos TS. 7.4* y *14.10.89* y *5.3.90*).

Teniendo en cuenta que el artículo 988 LECrim dispone que la acumulación se realizará por el juez o tribunal que hubiese dictado la última sentencia, ello implica que son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el

[9] STS 4 de mayo de 2012. ROJ: STS 3026/2012. N.º Sentencia: 340/2012. Recurso: 11851/2011. Sección: 1. Ponente: Carlos Granados Pérez.

momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso.

En principio, deben únicamente excluirse:

- Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; y

- Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando esta no sea la última. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

Es decir, aun cuando nuestra doctrina acoge este criterio favorable al reo en lo que se refiere a la práctica superación del requisito de la analogía o relación entre los delitos, criterio que se inspira en el principio constitucional de humanización de las penas, ello no quiere decir, como a veces se entiende equivocadamente en determinados recursos, que la acumulación jurídica de penas carezca de límite temporal alguno o que la invocación genérica de dicho principio constitucional permita superar también los límites temporales anteriormente señalados. Y ello no es así pues constituye un requisito legal ineludible, fundado en poderosas razones de tutela de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, el requisito temporal que es el que determina la imposibilidad de acumular penas impuestas por delitos que ya estuviesen sentenciados cuando se cometió el delito que dio lugar a la sentencia que delimita la acumulación, pues está claro que dichos delitos en ningún caso hubiesen podido ser juzgados conjuntamente.

Como señalan, entre otras, las *sentencias números 328/98, de 10 de marzo* , *1586/98, de 21 de diciembre* y *754/2000, de 8 de mayo*, lo que pretendía el artículo 70.2 in fine, es que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso, siempre que el enjuiciamiento conjunto hubiese sido posible, pero no constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir, los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante esta tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el

interior de la prisión, esto es, para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación rebasarán el límite del artículo 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal (*STS 798/2000 de 9.5*), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, cuando se hayan agotado los límites máximos establecidos por la ley para las penas privativas de libertad (*STS 135/99 de 8.2*).

En este sentido, la *STS 668/2007 de 12.7* recuerda:

"La jurisprudencia de esta Sala ha creado un cuerpo de doctrina en la que se ha señalado que la aparente antinomia que en el examen de la conexidad se produce entre los art. 988 de la Ley procesal y art. 76 del vigente Código penal (73 del antiguo) se resuelve en favor de la aplicación de la norma penal por razones tanto formales como materiales, (Cfr. SSTS 1249/97, a 17 de Octubre , 11/98 de 16 de enero). Lo relevante es, más que la analogía o relación entre sí, la conexidad temporal, es decir que los hechos hubieran podido ser enjuiciados en un único proceso atendiendo al momento de la comisión. Teniendo en cuenta que, en aplicación del art. 988 de la Ley procesal corresponde la resolución de la acumulación al último tribunal o juez que haya sentenciado los hechos, son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución y ello con independencia de que entre ellos existiera analogía o relación entre sí.

Se excluyen de la acumulación los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación y los posteriores a la última sentencia que determina la acumulación. En este sentido, es intranscendente las fechas en que se juzguen los distintos hechos pues la procedencia de la acumulación, y sus efectos en la limitación de penas, no pueden quedar pendientes de la mayor o menor celeridad en la tramitación de los procesos penales o de sus impugnaciones (STS 1295/94, de 24 de junio)".

Lo que no impide que las diversas condenas puedan refundirse por épocas o periodos de tiempo dentro de los cuales concurran los precitados requisitos, cuando la existencia de una determinada sentencia impida, conforme a esos dos criterios, que la refundición pueda alcanzar a la totalidad de las impuestas.

En cuanto a la posibilidad de acumulación de bloques de condenas, la *STS 23-4-2002* declara que es posible efectuar acumulaciones por bloques temporales en los que se respeta el criterio de la conexidad cronológica razonada, y, por lo tanto, manteniendo cada bloque su propia autonomía. Lo que no es posible es proceder a la que denominamos acumulación de acumulaciones, pues esta no respetaría el criterio de la conexidad cronológica y tendría como consecuencia la creación de clara impunidad[10].

Con la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo se advierte la consolidación de tal doctrina jurisprudencial, pues en la nueva redacción del artículo 76.2 CP ha desaparecido cualquier alusión a la «conexión», haciendo referencia exclusivamente a la fecha de los hechos y relacionándola con la de celebración del juicio de la que debe partir la acumulación. Así lo establece el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de junio de 2015.

En conclusión, el criterio que determinará la acumulación de las diferentes condenas impuestas a un mismo penado, es estrictamente temporal o cronológico, pues todos aquellos hechos que pudieren haberse enjuiciado en el proceso que dio lugar a la primera condena deberán acumularse, con independencia de la naturaleza del delito, del bien jurídico protegido, o de otras cuestiones como la homogénea intención criminal, el *modus operandi*, etcétera.

5. Efectos del auto de acumulación de condenas

El auto declarando la acumulación de condenas determina el tiempo máximo de cumplimiento y declara extinguidas las penas que excedan de dicho cómputo. Ahora bien, la firmeza del auto por transcurrir el plazo otorgado para la interposición de recursos no implica que su contenido no pueda ser alterado por la aparición de nuevas condenas para el penado.

La existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada. Ello es consecuencia de la adopción del criterio cronológico que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias, de forma que apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior, pero que podían haberlo sido, no

[10] STS 23 de abril de 2002 . ROJ: STS 2892/2002. N.º Sentencia: 745/2002. Recurso: 653/2001. Sección: 1. Ponente: Joaquín Giménez García.

existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad ampliando la acumulación ya practicada. Un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al artículo 988 de la LECr., habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas (*SSTS 146/2010, de 4-2*; *181/2010, de 24-2* ; y *1261/2011, de 14-11*, entre otras).

Contra el auto que resuelve la acumulación cabe interponer, exclusivamente, recurso de casación.

IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015

El artículo 76.2 CP en la redacción dada por la LO 1/15 establece, como ya se ha expuesto, que la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2015 analiza las novedades que ha supuesto la reforma del citado precepto. Así, en primer lugar, señala que con la reforma de 2015 se abandona definitivamente la exigencia de conexión entre los hechos delictivos para la aplicación de los límites previstos en el artículo 76 CP, de tal forma que se asume plenamente la doctrina jurisprudencial que interpretaba el precepto y entendía que debía acogerse un criterio exclusivamente temporal.

En segundo lugar, que no es ya la fecha de la primera sentencia la que determina el cómputo de la acumulación, sino la fecha de celebración del juicio que da lugar a la primera condena, pues así se deduce de la expresión «la fecha en que fueron enjuiciados». No se debe tener en cuenta, por tanto, ni la fecha de la sentencia ni la de la su firmeza. Probablemente, el legislador ha considerado procedente poner énfasis en la fecha de celebración del juicio oral, con independencia de que la sentencia se dicte con mayor o menor celeridad, porque lo relevante es precisamente que los hechos pudieren haberse enjuiciado en un mismo proceso y, por tanto, dilucidarse en la vista que se celebró en primer lugar.

Ello obligará, como establece el Tribunal Supremo, a que en el Auto que resuelva la acumulación deba contenerse no sólo la fecha en que se dictaron las sentencias y la fecha de los hechos, sino lo que es más esencial: la fecha de celebración del juicio. Sin embargo, puede ocurrir que ese dato no aparezca en la sentencia, por lo que a partir de ahora no bastará con recabar testimonio de las sentencias, sino que deberá exhortarse a los Juzgados en las que se dictaron para que se certifique la fecha en que se celebró el juicio oral, pues ese dato es el que deberá tenerse en cuenta para determinar la posibilidad de acumular unas condenas a otra.

Por último, el nuevo precepto alude expresamente a la necesidad de que los hechos sean cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados, los que dieron lugar a la primera condena. De ello podría desprenderse que todos los hechos posteriores a la fecha de celebración del juicio de la primera sentencia, deberían excluirse de la acumulación pretendida. No obstante, señala el Tribunal Supremo que ha de tomarse en consideración que la refundición determinada temporalmente por la primera sentencia condenatoria, no excluye la posibilidad de repetir la operación con otros hechos y sentencias posteriores, formando un segundo grupo de condenas acumulables, si aplicando los límites legales, el resultado fuese favorable para el reo.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS LÓPEZ E, Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas (Comentario a la STS de 20 de junio de 2014). Diario La Ley, Nº 8451, Sección Tribuna, 2 de Enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY (LA LEY 9047/2014).

FERRER GARCÍA AM, Penas y medidas de seguridad. Reforma del Código Penal. Cuadernos Digitales de Formación; 46; 2015. CGPJ.

GIRALT PADILLA C, La acumulación de condenas tras la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Comentario a la STS 367/2015, de 11 de junio. Diario La Ley, Nº 8616, Sección Tribuna, 1 de Octubre de 2015, Ref. D-357, Editorial LA LEY (LA LEY 5541/2015).

HUERTA MANZANO C, Pronunciamientos de la Sala Segunda sobre ejecución penal. Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces de lo penal. Cuadernos Digitales de Formación; 21; 2012. CGPJ.

SÁNCHEZ GARRIDO JA, Acumulación de penas y refundición de condenas. La participación del juez de vigilancia en la ejecución pena. Cuadernos Digitales de Formación; 52; 2009. CGPJ.

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~Los actos neutrales~

I. LOS ACTOS NEUTRALES EN EL DERECHO PENAL

La doctrina penal entiende por "actos neutrales" aquellos que, en sí mismos, no son delictivos, pero que pueden implicar alguna clase de contribución o aportación relevante al resultado final delictivo. Es decir, los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como "actos neutrales" son los realizados en el marco de actuaciones legales, actos socialmente adecuados, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo.

En consonancia con la anterior consideración, el Tribunal Supremo ha destacado que la doctrina de los actos neutrales tiene su ámbito propio de aplicación en la participación delictiva.

Los actos neutrales se integran en los comportamientos cotidianos que, en sí mismos y desconectados de la trama criminal en la que se insertan, son conductas socialmente adecuadas. Realmente los denominados actos neutrales no son actos típicos de ningún delito. Se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, pueden no resultar típicos.

Cabe traer a colación que para la moderna doctrina penal, la participación lo es en el injusto cometido por el autor del hecho y no en la culpabilidad, es decir, la participación consiste en tomar parte en la ejecución de la acción delictiva llevada a cabo por el autor, y por ello se habla de la naturaleza accesoria de la participación respecto de la autoría.[1]

Según el artículo 27 del Código Penal son criminalmente responsables de los delitos los autores y los cómplices. Y el artículo 28 del Código Penal determina que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, y que también serán considerados autores los

[1] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2, Madrid, Tecnos, 2001, p. 228.

inductores y los cooperadores necesarios. Por tanto, los cómplices son partícipes en el delito, pero también son partícipes en el delito los inductores y los cooperadores necesarios aunque nuestro Código Penal los asemeje a los autores, lo que hace los meros efectos penológicos. Siguiendo a CEREZO MIR podemos afirmar que inductores y cooperadores necesarios son considerados por la ley como autores a los efectos de castigarles con la misma pena que al autor, pero en realidad son partícipes en el delito.[2]

La inducción consiste en hacer que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción delictiva. La inducción además de eficaz ha de ser directa, lo que significa que ha de ir dirigida a una persona o personas determinadas para que cometan un delito concreto, y que el inducido dé comienzo a la ejecución del delito, no siendo precisa su consumación.[3] Como destaca LUZÓN CUESTA, si una persona está decidida a ejecutar el hecho delictivo sin la previa influencia de otra, no existirá la inducción, aunque con carácter previo a la resolución criminal haya mediado un consejo, una deliberación en común, o incluso la aprobación de la misma, pues en esos casos no existirá una "causalidad psíquicamente actuada".[4]

Por otra parte, tanto la ciencia penal como la jurisprudencia se han planteado el problema de la distinción entre la figura de la complicidad y de la cooperación necesaria al delito. Para distinguir ambas figuras debemos partir de la definición de la complicidad que el propio Código Penal ofrece en su artículo 29, cuando nos dice que son cómplices lo que, no hallándose comprendidos en el artículo inmediatamente precedente, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

LUZÓN DOMINGO entendió que esta formulación legal pone de relieve que la cooperación del cómplice ha de consistir en la realización de hechos cuya omisión no impida la verificación del delito o el éxito del mismo, aunque sí lo faciliten. MIR PUIG definió la cooperación necesaria como una forma de complicidad cualificada.[5]

Para determinar la importancia de la cooperación al delito, GIMBERNAT propuso la teoría de los "bienes escasos", según la cual una contribución al delito constituye cooperación necesaria si era difícil de conseguir, en cambio, si era fácil para el autor

[2] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp. 228-229.
[3] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp.241-242.
[4] LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Madrid, Dykinson, 1997, p. 211.
[5] LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal, 1997, pp. 212-213.

conseguir ese tipo de contribución estaremos en el ámbito de la complicidad.[6] Para esta teoría el aporte del cooperador es esencial cuando la participación en el hecho concreto es importante y, por ello, tiene capacidad para frustrar el plan del autor en el caso de ser retirada. Esta contribución debe ser jurídicamente desaprobada y, por supuesto, consciente.

Para la teoría de la *conditio sine qua non*, existirá cooperación necesaria cuando se colabore con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Para la teoría del dominio del hecho existirá cooperación necesaria cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso.

En conclusión, la cooperación necesaria exige un aporte esencial o básico a la ejecución de un hecho ajeno, y se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho.

Por tanto, la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la realización del delito mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito criminal. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (consciencia *scaeleris*), el denominado *animus adiuvandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito, y finalmente, la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común.

II. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE LOS ACTOS NEUTRALES Y LOS ACTOS QUE SE INTEGRAN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

El principio de culpabilidad, es decir, el principio de que no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental en el Derecho Penal moderno,[7] lo que nos conduce a plantearnos cuáles son los criterios diferenciadores entre los actos verdaderamente neutrales y que por tanto no se integran en la participación delictiva, de aquellos actos que dejan de

[6] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp.245-246.
[7] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, p. 16.

tener dicho carácter porque, aunque en principio se trata de actos socialmente adecuados, sin embargo, implican alguna clase de contribución o aportación relevante al resultado final delictivo, y por tanto pueden configurar la participación delictiva.

La doctrina científica ha venido atribuyendo a los denominados "actos neutrales" una naturaleza subjetiva u objetiva.

Para los seguidores de la teoría subjetiva, para que el acto en principio neutral pueda integrarse en la participación delictiva, el sujeto autor de dicho acto conoce y es consciente de la preordenación de ese acto neutral al fin delictivo, siendo este conocimiento *ex ante* relevante para su punición, lo que excluye la naturaleza neutral del acto.

Para los seguidores de la teoría objetiva es necesario que, en todo caso, el acto abarcado en sí mismo considerado, y por tanto al margen del conocimiento de su autor, sea relevante a los fines delictivos.

La Sala II del Tribunal Supremo ha seguido un criterio mixto para diferenciar los actos neutrales de los que realmente no lo son. El Alto Tribunal ha venido exigiendo para que pueda considerarse que un acto, que en principio parece ser neutral, se integra en la participación delictiva dos requisitos: a) que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y b) que el acto realizado, objetivamente sirva y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin.

Recordemos que, con carácter general, para que exista participación delictiva es necesario que concurran dos elementos: a) el elemento objetivo, representado por la conducta de participación en el delito, que se dará cuando la conducta del partícipe suponga una condición para la realización de la acción constitutiva de delito, y b) el elemento subjetivo, que consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor y los partícipes y que supone la exigencia de dolo en el partícipe, es decir, que el partícipe ha de actuar con conciencia y voluntad de cooperar a la comisión del delito.[8]

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 942/2013, de 11 de Diciembre, la distinción entre los actos verdaderamente neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en el marco de conducta del tercero, en la que ya se ha puesto de relieve la

[8] CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal, 2001, pp. 231-234.

finalidad delictiva.

Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no sólo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco.

Destaca la jurisprudencia que resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

En algunos países europeos la jurisprudencia ha venido elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas para que un acto que en principio puede ser considerado como neutral, pueda constituir una acción de participación, de los que también se ha hecho eco nuestra jurisprudencia más reciente. Y así se ha atribuido relevancia penal, lo que justifica la punibilidad de la cooperación, a la realización de una acción que: o bien favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.

En estos casos, el acto deja de ser neutro al transitar desde el riesgo jurídicamente permitido, cual es el propio de la conducta social adecuada, al riesgo jurídicamente desaprobado, que es el caracterizado por la introducción de un peligro no justificado.

Como hemos adelantado, la contribución por parte del que realiza el acto ha de ser, además, consciente, lo que nos introduce en el campo de la culpabilidad.

En la concepción causal de la acción, tradicionalmente aceptada por nuestra doctrina, los grados, especies o formas de la culpabilidad son dos: una de mayor gravedad, el dolo, y otra menos grave, la culpa.[9]

El dolo del partícipe requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora, lo que la doctrina ha venido denominando como doble dolo.

[9] LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal, 1997, p. 79.

Así pues, el partícipe tiene que tener un conocimiento del plan del autor, representándose mentalmente sus líneas básicas. No obstante, no se requiere el conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quien (STS de 19 de Julio de 2007).

El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal, pero atendiendo a la intención del autor, la doctrina distingue entre el dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y el dolo eventual.[10]

La forma arquetípica de intencionalidad, lo que en la Teoría del Delito se conoce como dolo directo de primer grado, se aprecia cuando el resultado causado se corresponde claramente con el fin directa y principalmente perseguido por la persona que actuó. Fuera de este caso, no cabe hablar, en buenos principios psicológicos, de intención en sentido estricto, lo que no impide que existan otras hipótesis en las que, por razones de política criminal, se crea justificado penar el resultado no directamente querido a cuenta de la persona actuante, dando a su conducta el mismo tratamiento que si ésta hubiese obrado con el fin de producirlo. Así ocurre en los casos del llamado dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, que se aprecia cuando una persona pone conscientemente en marcha un proceso causal, de modo que deje de tener el dominio de su curso, y que desde el punto de vista de un observador cualquiera, haya de producir con un grado de probabilidad rayano en la certeza, un resultado ciertamente no deseado por el actuante, pero que asume, aunque sea a regañadientes, porque antepone, por encima de cualquier otra consideración, la consecución de su verdadero objetivo. Así ocurre también cuando el sujeto actúa con lo que se denomina dolo indirecto o eventual, diferenciado del anterior por el menor grado de probabilidad de causación del resultado con cuya producción finalmente "se resigna" la persona que actúa (SAP Madrid, Sección 17ª, nº 987/2006, de 19 de Diciembre).

Sin embargo, la naturaleza del dolo eventual y su caracterización es una cuestión compleja. El dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales, pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada del menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (Sentencia de 14 de Mayo de 1998 y

[10] LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal, 1997, p. 83.

10 de Julio de 2001).[11]

En el dolo eventual la acción del agente resulta típica, culpable y punible, por cuanto si bien el sujeto no desea el resultado, se lo representa como altamente probable a partir de los actos que lleva a cabo, asumiéndolos y consintiéndolos, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida (SSTS de 8 de Marzo y 10 de Diciembre de 2004).

En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y de no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS de 20 de Febrero de 1993, 20 de Octubre de 1997 y 11 de Febrero y 18 de Marzo de 1998, entre otras muchas).

Para afirmar el dolo del partícipe no es preciso el conocimiento de la ilicitud específica del hecho del autor sino basta con el conocimiento de la ilicitud genérica del hecho del autor. A estos efectos, el conocimiento del riesgo concreto que conlleva un acto en la materialización de un plan criminal y la realización del mismo sin cautela alguna permite integrar las exigencias del dolo eventual (SSTS de 3 de Julio de 2006 y 2 de Julio de 2009).

III. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que los criterios seguidos por nuestra jurisprudencia a la hora de distinguir los denominados "actos neutrales" de aquellos que, a pesar de tener tal apariencia porque en principio aparecen amparados por la adecuación social, no lo son, y por tanto forman parte de la participación delictiva, se

[11] SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005 (versión on line autonumerada), p. 3.

pueden resumir en dos: en primer lugar se debe analizar si el sujeto que ha realizado dichos actos conoce la verdadera naturaleza y finalidad del acto que realiza, y en segundo lugar, si dicho acto ha servido y coadyuvado objetivamente a la facilitación del delito, es decir, se debe valorar si la realización de dicho acto aparentemente neutral supone un aporte necesario para la consecución del delito.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS

Sentencia del Tribunal Supremo Nº 823/2012, de 30 de Octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo Nº 165/2013, de 26 de Marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo Nº 942/2013, de 11 de Diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo Nº 436/2016, de 23 de Mayo.

Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Nº 4/2015, de 16 de Febrero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, nº 987/2006, de 19 de Diciembre.

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001.

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

SOTO NIETO, F., La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Diario La Ley, Nº 6187, Sección Columna, 10 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-34, La Ley 613/2005 (versión *on line* autonumerada).

* * * * * *

Joana Ruiz Sierra
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Derecho a la última palabra en el juicio oral penal~

Sumario.- El derecho a la última palabra en el juicio oral, como derecho fundamental y manifestación del derecho de autodefensa. Evolución de nuestra jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, desde el concepto de mero formalismo a elemento fundamental cuya omisión supone la nulidad del juicio. Efectos de este derecho en la sentencia.

Palabras clave.- Derecho fundamental, autodefensa, omisión u ofrecimiento juicio oral, nulidad, indefensión material

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de exponer la importancia que tiene el derecho a la última palabra en los juicios orales. En definitiva, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Supremo que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar la sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean esas declaraciones del propio acusado[1].

Se examina su encaje en los derechos fundamentales de nuestra Constitución, su interpretación condicionada por la legislación internacional y su reflejo en la legislación ordinaria. Todo ello a través de los diferentes pronunciamientos tanto de nuestro Tribunal Constitucional (TC) como del Tribunal Supremo (TS).

Se analizará si es solo una manifestación del derecho del derecho de defensa o además, un medio válido de prueba. Y sus efectos, tanto si se concede este derecho como si se omite el mismo.

II. MARCO LEGAL. NACIONAL E INTERNACIONAL

En nuestra Constitución es el art. 24 el que hace expresa referencia a este derecho fundamental como el derecho de defensa. Se considera que este derecho a la última

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2006, de 16 de enero, sentencia fundamental en la materia, se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 39, de 15 de febrero de 2006 y textualmente en su fundamento de derecho 4 dedicado todo él, al derecho a la última palabra nos dice *...se trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar Sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa. Por ello su propia naturaleza impide que esas manifestaciones sean sometidas a debate por las partes, pues si fuera así, es claro que lo dicho por el acusado dejaría de ser la última palabra para convertirse en una más de sus declaraciones ante el Tribunal. Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación...*

palabra es una manifestación del derecho de autotutela como autodefensa.

En la legislación ordinaria es el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el que regula este derecho (el subrayado es propio) en la sección 5ª relativa a las disposiciones comunes a las cuatros secciones anteriores, dentro del Capítulo III Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral:

> *"Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal.*
>
> *Al que contestaré afirmativamente le será concedida la palabra.*
>
> *El Presidente cuidará de que los procesados, al usarla no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario".*

El proyecto de Código Procesal Penal (CPP), texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012[2] recogía este derecho en el artículo 469 bajo el enunciado de la Última palabra:

> "1. *Terminados los informes, el Magistrado o Presidente del Tribunal preguntará al encausado si tiene algo que añadir en su defensa. Si respondiere afirmativamente, le será concedida la palabra, advirtiéndole de la necesidad de no reiterar los argumentos ya expuestos por el Letrado de la defensa.*
>
> *2. El Magistrado o Presidente del Tribunal cuidará de que el encausado no utilice expresiones ofensivas contra el Tribunal, el Fiscal, los Letrados, cualquiera de las demás partes u otras personas y podrá retirarle el uso de la palabra si desoyera las admoniciones que en tal sentido le fueran dirigidas.*
>
> *3. Ejercido el derecho a que se refiere el presente artículo o inmediatamente después de los informes si aquél hubiere sido renunciado, el Magistrado o Presidente del Tribunal declarará concluso el juicio y visto para sentencia."*

Asimismo como novedad el citado borrador también incluía una alusión a este derecho en el artículo 439 Ley Enjuiciamiento Criminal, relativo a la celebración del juicio en ausencia del encausado:

> ***"Artículo 439.6 Presencia y ausencia del encausado***
>
> *6. Cuando el encausado altere, interrumpa o perturbe el normal desarrollo de la vista, será requerido por el Presidente con el fin de que cese en su actitud. Si pese a ello, persistiera en su comportamiento, podrá acordarse su expulsión por cierto tiempo o durante el resto de las sesiones, continuando así la audiencia preliminar o el juicio sin su presencia.*

[2] (Verificado el 10 de agosto de 2015) http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales

La expulsión de la sala de vistas no perjudicará el derecho del encausado a la última palabra."

Incluso la legislación de menores en su artículo 37.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de lo menores, da la última palabra a éste:

"*Por último el juez oirá al menor dejando la causa vista para sentencia".*

Normas de Derecho Internacional Público que recogen este derecho el artículo 14.3 d)[3] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 6.3 c)[4] del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que proclama el derecho a un juicio equitativo, y que el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente.

III. CARACTERES DE ESTE DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA

Se considera por el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional que este derecho a la última palabra no es una mera formalidad o ritual estereotipado, sino que supone una manifestación del derecho de defensa y del derecho a ser oído, que entroncan con el principio de contradicción, y se caracteriza por ser un derecho constitucional, potestativo, insustituible y personalísimo.

Como *derecho constitucional*, está recogidos en el artículo 24 de nuestra Constitución, es por tanto un derecho fundamental y preferente (Capítulo 1, Sección 2.ª, artículos. 14 al 29, en relación con el art. 53 susceptible del recurso de amparo). Supone que no solo está integrado el derecho de defensa por la defensa técnica, esto es, por abogado libremente elegido o nombrado de oficio, también por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano a la autodefensa, pudiendo confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos o incluso discrepar de su defensa o completarla[5].

[3] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. (Verificado el 10.08.2016) http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

[4] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (verificado el 10.08.16) http://www.echr.coe.int

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1994 en su fundamento jurídico tercero, (verificado 10.08.2016) http://www.boe.es/?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0181

También debe diferenciarse del derecho a ser oído[6], porque ya lo habrá sido al inicio del juicio, con ocasión de su interrogatorio, pero aquí, es evidente que ni posee la iniciativa el acusado, ni conoce el desarrollo del juicio, con sus pruebas ni sus incidencias.

Los jueces y juezas tienen la obligación de dar la última palabra al acusado, antes de que queden los autos vistos para sentencia, y los acusados pueden hacer uso del mismo o no, es un *derecho potestativo*, sin contenido material, está amparado por el derecho de no declarar, de no confesarse culpable y de guardar silencio[7].

Es un derecho *insustituible y personalísimo*, no lo puede ejercer el abogado. En este punto cabe plantearse si cabe su uso por persona menor de edad, por personas afectadas por alguna discapacidad y por las personas jurídicas, dado que estas últimas pueden ser acusadas y condenadas en un proceso penal desde la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010. Estos aspecto serán tratados último apartado de este trabajo.

IV. ASPECTO PROCESALES

1. Acta del juicio oral[8]

Lo esencial de este derecho es su ofrecimiento al acusado tras la celebración del juicio y antes de declararlo concluso y visto para sentencia.

Antes de la reforma de nuestra ley procesal penal en el año 2009, no faltaban los recursos para cuestionar que ese derecho no se había ofrecido, y se apoyaban en que no constaba en el acta del juicio oral[9]. Tanto el TS como TC mantuvieron que la vulneración de este derecho o su ofrecimiento y ejercicio por el acusado, no dependía de su constancia en el acta, que ello era una cuestión de prueba.

---

[6] JIMÉNEZ SEGADO, C, El enjuiciamiento penal. Cuestiones prácticas sobre el juicio ora , La Ley Penal, nº10, 2013 pp. 11 a 18

[7] Para completar información de este derecho véase a ASENCIO MELLADO, J.M., Prueba prohibida y prueba preconstituida, editorial SA Trivium, 1989, p. 119, donde afirma que el derecho a no declarar, a no confesarse culpable, a guardar silencio, junto el derecho a conocer la acusación previamente a cualquier declaración se constituyen en garantías básicas del derecho de autodefensa, cuya existencia permite además la conformación de un proceso penal ajustado a las notas inherentes de un sistema político democrático, en el cual se incardina

[8] Confróntese con el libro en coautoría BACH FABREGÓ/ CAMARENA GRAU/ IGARTÚA SALAVERRÍA/ LÓPEZ ORTEGA/ MIRANDA ESTRAMPES/ MORENO VERDEJO/ POZA CISNEROS/ SÁNCHEZ SISCART/ HERNANDEZ GARCÍA (director), 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 2010, pp. 153 a 155

[9] Acta que debían redactar los secretarios judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia

Hoy, este problema está totalmente superado tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 743 donde se instaura la grabación y reproducción del sonido y de la imagen de los juicios orales, no siendo necesaria la presencia de los letrados de la administración de justicia (antes secretarios judiciales) en la sala[10], por lo que ahora bastará el visionado de la grabación.

2. La protesta de las partes en caso de omisión de este derecho

Mención merece la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997, según la cual la falta de protesta por parte del Letrado del acusado no puede afectar a la subsistencia de esta manifestación del derecho de defensa, que no puede depender de la diligencia del letrado. En igual sentido, sentencia de nuestro alto Tribunal 891/2004[11] que reitera

> "*...la subsistencia de un derecho de defensa, por su transcendencia y autonomía, no está a merced de una especial diligencia reclamatoria del letrado que asista al acusado.*"

En otro sentido y relacionado con el apartado anterior (relativo al acta de juicio oral), alguna sentencia valoró que el hecho de no constar en el acta del juicio protesta por el Ministerio Fiscal o por la acusación sobre esta omisión, era porque se había ofrecido este derecho.

3. Policía de vistas: la expulsión del acusado[12]

Qué ocurre cuando el Tribunal, en el ejercicio de su función de policía de vistas, recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 190 y siguientes) como en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 258, 683 y siguientes), siendo fundamental el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expulsa a los acusados de la Sala, por alteración del orden, supuesto harto frecuente en los juicios contra los miembros integrantes de la banda terrorista ETA.

Siguiendo a MORENO VERDEJO, (2013)[13] el Tribunal Supremo en sentencia 843/2001, concluyó que el Tribunal debió hacer compatible el mantenimiento del orden

[10] MAGRO SERVET, V., De nuevo sobre el derecho a la última palabra ante la reforma de la Lecrim y el contenido del acta del juicio oral, La Ley Penal, nº 60 Sección Práctica penal, mayo 2009, editorial La Ley, p.98

[11] ROJ: STS 7470/1997 – ECLI:ES:TS:1997:7470, (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es

[12] Siguiendo y para una completa exposición de este apartado confróntese con el libro 84 cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral, en concreto su Bloque III. El juicio como espacio de producción de medios de prueba, libro en coautoría CAMARENA GRAU/ ORTEGA LORENTE/ BACH FABREGÓ/ HERNÁNDEZ GARCÍA, Cuadernos Digitales de Formación 13 – 2011, pp. 42 a 45

en la Sala con el reconocimiento del derecho a la última palabra, que no puede estimarse suplido por la presencia de su letrado. La sentencia, dictada también por el Tribunal Supremo el 17 de septiembre de 1990 determinó que concluidos los debates y antes de dar por finalizada la vista, se debió llamar a los acusados expulsados de la sala a fin de poder ser oídos si querían o no hacer uso de este derecho.

Sin embargo, otra respuesta ofreció también el propio Tribunal Supremo en el auto 3487/2002, de 21 de noviembre[14], donde el acusado había sido expulsado por su conducta impeditiva del normal desarrollo de la vista, sin que posteriormente volviera a la Sala ni siquiera para el ejercicio del derecho previsto en el artículo 739 Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Supremo no consideró que se hubiera infringido el derecho de defensa del acusado. Dice que en su fundamento de derecho SEGUNDO:

> *"en el presente caso el recurrente, que, como se dijo, tuvo que ser expulsado por la Sala, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 687 LECrim, fue efectivamente defendido en el juicio oral por la Letrada asistente en sustitución de la de oficio, llevada a cabo, en palabras del Tribunal de instancia, con profesionalidad y solvencia, sin sombra alguna de indefensión. A mayor abundancia, el comportamiento protagonizado por el acusado, como lo explica aquel Tribunal, pone palmariamente de manifiesto que, en realidad, aquél más que cuestionar la defensa de la Letrada presente en el juicio, lo que pretendía era, lisa y llanamente, lograr la suspensión del juicio oral."*

En otra ocasión, la sentencia del TS de 15 de julio de 2002, recurso 345/2001[15], decidió que en situaciones extremas, cuando la conducta del acusado es de tal gravedad que su presencia en la Sala supone una situación de peligro manifiesto para los derechos de los otros implicados presentes en la vista oral (llego a golpear a otro acusado), está justificado mantener la decisión de exclusión del acusado incluso aunque ello suponga privarle, de facto, de su derecho a la última palabra.

Por lo que habrá que estar al caso concreto, puesto que la expulsión de la Sala debe ser temporal si la entidad de la conducta del acusado no revela que resulte necesario mantenerla definitivamente. La expulsión debe durar el tiempo estrictamente necesario.

Una vez incorporado el acusado en la sala de vistas, entiendo que debe conocer qué ha pasado en su ausencia, ello por ejemplo, mediante entrevista con su letrado, por lectura del acta del juicio o permitiendo que el acusado pudiera ver la grabación de la

[13] MORENO VERDEJO, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada n 51, 2013, p. 137

[14] ROJ: ATS 3487/2002 – ECLI:ES:TS:2002:3487A (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es

[15] ROJ: STS 5282/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5282 (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es

vista. De esta manera tendría una completa información de lo sucedido y podría ejercer su derecho a la última palabra con todas las garantías.

Destacar que el proyecto de Código Procesal Penal, sí recoge expresamente la garantía de ofrecer este derecho a los expulsados de la sala, artículo 439.6 CPP. Opino que dada su redacción *"la expulsión de la sala de vistas no perjudicará el derecho del encausado a la última palabra"*, requerirá una manifestación expresa del juez o presidente de la sala si finalmente se decide no ofrecer este derecho al encausado.

4. La segunda instancia. Borrador del Código Procesal Penal (CPP) 2012[16]

El derecho a la última palabra en la segunda instancia viene condicionada a si se ha propuesto prueba o no, y si se ha admitido ésta por el Tribunal.

El borrador de Código Procesal Penal recogía expresamente este derecho. La redacción de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo cita en el artículo 791, pero dadas las resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional, requieren que practicada la prueba en la vista y tras los informes "*...las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones"* por lo que tras ello debe otorgarse el citado derecho.

El Proyecto de Código Procesal Penal (CPP)[17] era más explícito, así:

a) Si se hubiere propuesto prueba en esta segunda instancia, dispone el art. 596.4.º Código Procesal Penal que

> "*el Tribunal resolverá sobre la admisión de la prueba propuesta por el recurrente. Si la admitiese decidirá sobre la admisión del resto de pruebas que hubieren podido proponer las partes apeladas*".

b) Con relación a la vista, se introducen las siguientes novedades:

1.º) Se prevé que la misma se celebre, además de los casos en los que hoy día se permite (actual artículo 791.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal), cuando cualquiera de las acusaciones haya interpuesto recurso por infracción de ley material. De esta forma se pretende evitar que la sentencia pueda ser revocada en perjuicio de los acusados sin que estos tengan la oportunidad de defenderse en dicha vista:

"Se celebrará vista antes de resolver el recurso...":

[16] TOME GARCÍA, J.A., La segunda instancia penal en el Borrador del Código Procesal Penal de 2013, La Ley Penal, nº 104, Sección Estudios, 2013, p. 12

[17] (Verificado el 30..10 de agosto de 2015) http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales

2.º) A la vista deberán ser citados los acusados (artículo 598.1.º CPP), dándoles la oportunidad de ser oídos personalmente y, además, se les reconoce expresamente su derecho a la última palabra (art. 598.5.º CPP):

> *"Una vez finalizados los informes se dará la palabra a los encausados presentes para que puedan manifestar lo que tengan por conveniente acerca del recurso o recursos que se ventilan» (art. 598 CPP)."*

V. EFECTOS

1. Ausencia de este trámite. Nulidad. Alcance de esta nulidad

En este punto se ha producido una importante evolución jurisprudencial, en un principio su omisión suponía la nulidad del juicio, sin mayores comprobaciones. Hoy, su omisión requiere que se acredite además, una situación de indefensión material. Ello a partir de la sentencia del TC de 16 de enero de 2006[18] que supuso el primer cambio de postura, resultando confirmada en la importante es la sentencia del pleno Tribunal Constitucional 258/2007, de 18 de diciembre[19] .

La raíz de esta cuestión[20] es el derecho de defensa, la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio, nos dice el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de diciembre de 1997[21] y 28 de octubre de 2002[22]. El Tribunal Supremo entendía al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías consagrados art. 24 Constitución, y su omisión por tanto produce indefensión. Motivo suficiente para casar y anular la sentencia que se haya dictado tras producirse tal infracción constitucional.

Ahora bien, la importante sentencia del Tribunal Constitucional citada, exige conectar el derecho constitucional a la última palabra con el concepto de indefensión material. Razona el Tribunal Constitucional que una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento solo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie, concluye que la vulneración del derecho a la última palabra, no se debe configurar como

[18] *Op. cit.* p. 2
[19] Publicada Boletín Oficial del Estado 22.01.2008
[20] (Verificado 10.08.2016) El derecho a la ultima palabra de los acusados en el juicio oral 17.09.09 http://www.gonzaleztorresabogados.com
[21] ROJ: STS 7470/1997 – ECLI:ES:TS:1997:7470 (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es
[22] ROJ: STS 7142/2002 – ECLI:ES:TS:2002:7142 verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es

una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente.

En que debe consistir esa carga, entiendo que debe probar que el trámite omitido hubiera sido decisivo, hubiere podido determinar un fallo diferente. Siguiendo a MAGRO SERVET, (2009)[23], especificar cual fue la indefensión producida y en que medida pudo el acusado aclarar algún punto del juicio, lo que determina que si pudo aclarar algo importante y se hace constar en el recurso debería entenderse que se debe decretar la nulidad, lo que se exige es que se especifique en el recurso qué pudo decir el acusado y no dijo.

Otras cuestión íntimamente relacionada con la anterior, es si acordada la nulidad, ésta lo es del todo el juicio oral celebrado o solo retrotrayendo las actuaciones al momento en que debía ofrecerse este trámite. Al igual que la anterior cuestión ambas soluciones cuentan con pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo. La nulidad limitada se acordó en la sentencia del Tribunal Supremo 843/2001. Mientras que la nulidad, digamos que absoluta, con necesidad de repetir otra vez el juicio y ante juez o tribunal distinto al que lo celebró por estar contaminados (no en vano se ha dictado una sentencia), es la posición mayoritaria. En palabras del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 1997 esta declaración de nulidad de todo el juicio oral es consecuencia "*...de la unidad e inescindibilidad que son insitas al mismo, el que deberá celebrarse de nuevo con Tribunal integrado por distintos Magistrados de los que formaron parte del Tribunal que ha dictado la sentencia ...*"[24].

Por último, y solo a efectos ilustrativos, el diferente tratamiento que alguna resolución judicial postulaba de este derecho cuando la omisión de este trámite lo era en el desaparecido juicio de faltas, sobre la base de no ser obligatoria la asistencia de Letrado, se mantuvo que puesto que estaba defendido por Abogado no era necesario conceder este derecho a la última palabra. Es una posición superada, el derecho a la última palabra del artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aplica de igual modo en el articulo 969 de nuestra ley rituaria, hoy juicios por delitos leves, y este derecho se concede con independencia de estar defendido con Letrado o no. La consecuencia de su omisión: la nulidad.

[23] MAGRO SERVET, V., De nuevo sobre el derecho a la última palabra ante la reforma de la Lecrim y el contenido del acta del juicio oral, La Ley Penal, nº 60 Sección Práctica penal, mayo 2009, editorial La Ley, p.98

[24] *Op. cit.* p. 9

2. Ofrecimiento de este derecho: valor probatorio

Ofrecido este derecho, el acusado podrá hacer uso del mismo o renunciar a él.

Ante el ejercicio de este derecho y siguiendo a MORENO VERDEJO[25] cabe cuestionarse si el derecho a la última palabra es sólo una manifestación del derecho de defensa o, además, constituye un medio válido de prueba. No hay que perder de vista que el momento procesal en que se ejercita es, tras haberse celebrado toda la prueba, elevadas a definitivas las conclusiones provisionales o modificadas las mismas, y emitidos los informes de las acusaciones y de las defensas.

Como manifestación del derecho constitucional del derecho de defensa, es una cuestión ampliamente tratada y descrita su evolución en los párrafos anteriores de este trabajo.

Pero, qué valor debemos otorgar a lo declarado por el acusado en este trámite, la jurisprudencia en ocasiones pone el acento en su carácter de derecho de defensa, así la sentencia del TS 566/2000

> "*Lo que realmente necesita el acusado es tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa*".

Y en otras como la sentencia del TS 891/2004 su aspecto de medio probatorio:

> *"A través de la última palabra tiene la posibilidad de que el Tribunal incorpore a los elementos de juicio, para apreciar en conciencia, lo manifestado por éste, conforme establece el art. 741 LECrim".*

En palabras de MORENO VERDEJO (2013)[26] es un derecho sobrevalorado, es una suerte de desahogo final ajeno en principio a toda contradicción entre las partes y a todo control por su letrado.

En mi opinión lo dicho por el acusado en este trámite debe ser valorado e incorporado en la argumentación de la sentencia, le sea favorable o desfavorable, es un ejercicio del derecho de autodefensa, y debe reflejarse en la resolución judicial, para permitir, en su caso, a las partes recurrir en segunda instancia.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2005, de 20 de abril[27] que destaca en su fundamento jurídico 3 que la confesión en este trámite (el subrayado es propio):

[25] MORENO VERDEJO, J., Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada nº 51, 2009, pp. 134-137.
[26] Loc. cit.

"... en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el derecho a la última palabra (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino -en palabras del Fiscal que la Sala asume- por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio".

2. En igual sentido la sentencia del TS 854/2010, de 29 de septiembre[28], caso del asesinato del alcalde Fago:

"La sorprendente pretensión que se sostiene en el motivo, en el sentido de que tiene que ser, nuevamente, instruido de sus derechos, y de que el Tribunal debe advertirle de que lo que diga puede ser valorado, carece de todo apoyo normativo, y, además es claramente innecesario. El imputado fue advertido de sus derechos al principio del Plenario, incluido del derecho a ejercer el ius tacendi (derecho al silencio), esa instrucción cubre toda la actuación del imputado durante la vista en la que está permanentemente asistido de su letrado. Por otra parte ¿para qué el ejercicio de tal derecho si no es para que el Tribunal pueda valorar lo que diga?".

3. Sentencia TS 34/2009, de 16 de enero[29], la valoración de la declaración de uno de los coimputados:

"Por si todo ello fuera poco, el Tribunal pone de manifiesto también que, "en la última palabra, el acusado Chito afirmó, con absoluta espontaneidad, que "trabajaba para Alejandro y era el conductor del camión"...".

Pero dicho lo que antecede, surgen otras cuestiones, cómo encauzar procesalmente esas manifestaciones del acusado, cabría apreciar una atenuante por analogía, cabría acordar vía artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una instrucción suplementaria, podría valer como prueba contra ese coimputado que no ha tenido ocasión de contradicción. Respecto a esta última duda, la sentencia citada en último lugar, se valora dicha declaración, aunque no por si sola sino unida a otros medios de prueba considerando que no se ha atentado a la presunción de inocencia. En opinión de MORENO VERDEJO, (2013)[30] en esos casos el Presidente del Tribunal debiera

[27] Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20.05.2005
[28] ROJ: STS 5290/2010 – ECLI:ES:TS:2010:5290 (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es
[29] ROJ: STS 80/2009 - ECLI:ES:TS:2009:80 (verificado 10.08.2016) www.poderjudicial.es
[30] Loc. cit.

habilitar un trámite para un nuevo interrogatorio por parte del defensor del así acusado (caso coimputado) o incluso desarrollar una prueba complementaria retrotrayendo las actuaciones, vía ex artículo 746.6 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y en cuanto a poder apreciar una atenuante analógica, esto es, premiar el reconocimiento de los hechos que en el uso de la última palabra realiza el acusado, habrá que estar al caso concreto, pero sí cabría apreciarla con ello no se estaría atentando al principio acusatorio, que vincula a la autoridad judicial a la hora de imponer la pena, no pudiendo imponer mayor pena que las solicitadas por las acusaciones.

VI. OTRAS CUESTIONES

1. Jurisdicción militar

En la jurisdicción militar, URBANO CASTRILLO, (2012)[31] aun con sus especialidades recogidas en las leyes militares, no puede ser desconocido el derecho de defensa. La jurisprudencia equipara el derecho de defensa desplegado en el ámbito castrense, con el del proceso penal (no castrense) al ser la doctrina constitucional común para todos los órdenes y no poder las especialidades llevar a limitaciones que restrinjan tal derecho, por lo que el derecho de autodefensa y su manifestación del derecho a la última palabra no presenta especialidad alguna en esta jurisdicción.

2. Persona Jurídica

En fase de enjuiciamiento, el art. 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que cuando el acusado sea una persona jurídica, amén de asistir al acto de juicio oral el abogado designado para su defensa (representación procesal), la persona moral podrá (no es obligatorio) estar representada por una persona que especialmente ésta designe, para un mejor ejercicio del derecho de defensa, quien deberá ocupar en la sala el lugar reservado a los acusados, podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiere propuesto y admitido esta prueba, y tendrá igualmente derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

Se recoge, como se observa, el pequeño estatuto jurídico procesal de la persona jurídica, acercándose al artículo 24 de nuestra Constitución Española. Se añade una

[31] URBANO CASTRILLO, E., El derecho de defensa en la jurisdicción militar, La Ley Penal, Nº 98/99, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY, pp. 7-8.

prohibición acerca de esta persona especialmente designada que no puede ser aquélla que haya de declarar en juicio como testigo. Finaliza el citado precepto manifestando que la incomparecencia del representante especialmente designado no impide la celebración del juicio, que se llevará a cabo con la asistencia del Abogado defensor y del Procurador de la persona jurídica.

3. Menores de edad[32]

Respecto a los menores de edad, al tratar el marco legal hemos señalado que en el procedimiento de menores también se recoge expresamente este derecho a la última palabra en el juicio oral.

Si acudimos a la legislación de menores, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, el artículo 22.e), prevé que desde la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia. Por su parte, el artículo 22.2 prevé que al inicio del expediente, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días. Por último, el artículo 35.1 de la LO 5/2000 establece que el menor, en la audiencia o juicio, podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. Por lo que efectivamente debemos estar igualmente al caso concreto, pero se reconoce este derecho a la última palabra a los menores.

Así, tras la práctica de las pruebas durante la audiencia, el inciso final del apartado 2 del art. 37, señala que "*... por último, el Juez oirá al menor, dejando la causa vista para sentencia".* Este precepto, de acuerdo con recientes pronunciamientos jurisprudenciales, recuerda la importancia de que la audiencia culmine con la ultima palabra del menor, como manifestación concreta del principio de contradicción que informa el íntegro desarrollo de las sesiones de la audiencia.

[32] Véase para una mejor compresión del procedimiento de menores, manual de Pruebas de especialización como juez de menores (acuerdo de 14 de marzo de 2007) Circulares, instrucciones y consultas del Ministerio Fiscal, CGPJ p. 59.

4. Personas discapacitadas[33]

En cuanto a las personas afectadas por alguna discapacidad[34], entiendo que si pueden ser acusados y por ello intervenir en el juicio oral, nada empece el otorgamiento de este derecho a intervenir una vez concluido el plenario.

La sentencia del TS, Sala 2ª, de 14 de junio de 2006, tras un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional en lo relativo al contenido del derecho de defensa respecto de las personas afectadas por alguna discapacidad, recuerda que la concurrencia de circunstancias que, de acreditarse en juicio, pueden provocar la apreciación de una eximente completa o incompleta y la imposición de medidas de seguridad, (artículos 20.1, 2 y 3 así como sus eximentes incompletas del artículo 21.1 en relación a los artículos 101, 102, 103 y 104 todos del Código Pena), han de ser valoradas en juicio sin que puedan imponerse tales medidas sin que medie juicio con todas las garantías y sentencia. No cabe, por tanto, que las medidas de seguridad se impongan por el Juez de Instrucción.

Por el contrario, si el acusado permanece desde la comisión del delito en un estado que le impide conocer las consecuencias del proceso y ejercer su derecho de defensa lo que procede artículos 383 y 746.5º Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la suspensión del juicio hasta que el acusado se encuentre en condiciones de asistir y ejercer su derecho de defensa.

Para acabar este apartado cabe plantearse si la persona discapaz puede intervenir en juicio con la mera asistencia de letrado, o debe estar asistido también, por su tutor, guardador de hecho o defensor judicial, por estar incapacitada judicialmente o, aun no estándolo, revela un grado de limitación en sus facultades para la toma de decisiones. Habrá que estar al caso concreto pero, en principio, para asegurar el ejercicio del derecho de defensa y su manifestación del derecho a la última palabra por el acusado, que sin estar absolutamente impedido para comparecer en el proceso, sufra alguna discapacidad psíquica o intelectual, es que el mismo sea valorado por el médico forense para determinar si está en condiciones de participar en el juicio y ejercer sus derechos y,

[33] Para un análisis más exhaustivos véase el libro 84 cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral, en concreto su Bloque III. El juicio como espacio de producción de medios de prueba, libro en coautoría CAMARENA GRAU/ ORTEGA LORENTE/ BACH FABREGÓ/ HERNÁNDEZ GARCÍA, Cuadernos Digitales de Formación 13 – 2011, pp. 45-48.

[34] Artículo 25 del Código Penal redactado conforme LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se ha modificado el Código Penal, recoge una definición autentica a efectos penales de lo que se entiende por persona con discapacidad.

en ese caso, si precisa del apoyo, de la cobertura de un defensor judicial (tutor, curador, representante legal), para la toma de decisiones relevantes durante el proceso y, también, en el juicio o si, por el contrario, se encuentra en condiciones de intervenir sin asistencia o apoyo adicional al del letrado.

5. Derecho a un intérprete y/o derecho a la traducción simultánea

Entre las últimas reformas de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal está la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril para trasponer la Directiva Comunitaria 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, reforzando esas garantías. Sin embargo, sigue sin haberse incorporado un derecho a la traducción simultánea, y ello guarda relación con la sentencia del Tribunal Supremo 117/2008, de 14 de febrero[35], en que determinó que no se había vulnerado el derecho de defensa ni el trámite de la última palabra en el juicio oral, porque el acusado tuvo garantizado en todo momento su derecho a un intérprete. Manifestando que en modo alguno aparece recogido en la ley el sistema de traducción simultánea, sino la asistencia gratuita de intérprete.

VII. CONCLUSIONES

En palabras MAGRO SERVET, (2009)[36] el acusado tiene cinco derechos en el desarrollo de todo juicio y entre ellos el de última palabra.

Superada la posición de entender el derecho a la última palabra como un puro formalismo, hoy, en la actual etapa constitucional y de la mano de los Convenios Internacionales suscritos por España, el acusado no es, como algún autor de forma gráfica ha dicho, un convidado de piedra en su propio juicio, puesto que lo que ocurra en él puede llegar a suponerle una pena privativa de derechos, incluida la libertad.

Constituye un derecho fundamental, con contenido y funciones propias, diferentes y complementarias a la defensa técnica, y sin dudarlo, el derecho a la última palabra no es una manifestación más, sino la más relevante del derecho a la autodefensa, con ella el acusado puede matizar, completar o rectificar, todo lo que tenga por conveniente, y tiene la posibilidad (entiendo que obligatoria) de que el Tribunal incorpore lo

[35] ROJ: STS 701/2008 – ECLI:ES:TS:2008:701 (verificado el 10.08.2016) www.poderjudicial.es.

[36] MAGRO SERVET, V., De nuevo sobre el derecho a la última palabra ante la reforma de la LECRIM y el contenido del acta, La Ley Penal, nº 60, sección Practica penal, mayo 2009 editorial La Ley, pp. 10 y 11.

manifestado como elementos de juicio, para apreciar en conciencia, lo manifestado por éste conforme establece el art. 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quizás, las nuevas cuestiones que han ido atajando nuestro tribunales respecto a su ejercicio y consecuencias, podrían solucionarse con la futura aprobación de la ley procesal penal, y un mejor tratamiento de la posición de la persona acusada y de su derecho de autodefensa, incluyendo la que como muchos autores comparten, la principal manifestación de este derecho el ejercicio a la última palabra. Está por ver que ocurrirá en la próxima legislatura.

* * * * * *

Daniel Sánchez Romero
Letrado ejerciente del Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera. Socio de la FICP.

~ Repercusiones penales y penitenciarias de la reforma del Código Penal sobre la prisión permanente revisable~

Sumario.- I. Introducción. II. Regulación legal. III. Adaptación de la Legislación Penitenciaria a la reforma. 1. Clasificación en tercer grado de tratamiento. 2. Permisos de salida. 3. Libertad condicional y suspensión de la pena. IV. Derecho Comparado. V. Conclusiones: críticas a la creación de la prisión permanente revisable.

I. INTRODUCCIÓN

Cabe señalar que el Consejo de la Abogacía Española considera inconstitucional la prisión permanente revisable, porque en el Anteproyecto no se fija un límite de cumplimiento de la pena de prisión, lo que vulneraría los artículos 10, 15 y 25 de la Constitución Española. Por su parte, el Informe aprobado por el Pleno del CGPJ también cuestiona la constitucionalidad de la pena en relación al artículo 25.1 CE. Además, el voto particular de la vocal Sra. Uría Etxeverría y de cinco vocales extiende esa tacha al artículo 25.2. Solo dos vocales, los Srs. Dorado Picón y Espejel Jorquera, no advirtieron problemas de constitucionalidad.[1]

El artículo 25 es determinante al establecer que las penas privativas de libertad se han de orientar a la reeducación y reinserción social de los penados. Por lo tanto, toda pena que no cumpla este requisito atentaría contra el artículo 15 de la CE (que repudia cualquier trato inhumano y degradante) y sería contraria a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad, recogidos en el artículo 10.

La prisión permanente revisable deja fuera de juego la reeducación y la reinserción del reo, al quedar supeditadas a que éste vuelva a ser "juzgado" para que, después de cumplir una parte de la condena, se le otorgue o no el derecho a la libertad.

Con esta figura novedosa, introducida desde el Anteproyecto, en la que se plantea la resocialización en última instancia y siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos, cabe la posibilidad de que una persona, culpable de un delito castigado con la pena de prisión permanente revisable, no tenga ninguna motivación para desarrollarse personal ni profesionalmente e incluso que no muestre actitud de arrepentimiento ya que

[1] Reunión del Pleno del Consejo de fecha 16 de enero de 2013.

se enfrenta a la inseguridad de su puesta en libertad.

La Constitución vincula absolutamente al legislador vetándole el establecimiento de penas radicalmente contrarias a la reinserción social, como lo es la prisión permanente revisable. Difícilmente puede mantenerse que la pena de cárcel se orientará, en su ejecución, a la reinserción social si se ha impuesto una pena de prisión permanente que, pudiendo evitarse, se considera desocializadora. Evidentemente, es perfectamente posible que aún cumplida la pena de prisión no se haya conseguido alcanzar la reinserción social, pero, en todo caso, no se estaría vulnerando el referido mandato constitucional. Sin embargo, sí lo infringiría un precepto que la impidiera abiertamente, como sería la regulación legal de la cadena perpetua o, como en el caso del Anteproyecto aquí analizado, la prisión permanente revisable, en la medida en que ni siquiera ofrece al penado expectativas sólidas de libertad en un futuro cercano.

Esto tiene especial relevancia en el caso de las penas de larga duración ya que, en virtud de los límites concursales del art. 76 del Código Penal, se podría alcanzar un límite máximo de cumplimiento de cuarenta años, algo a todas luces excesivo y contradictorio con el principio de resocialización.[2] Así lo ha venido señalando el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre ellas las que se reseñan a continuación:

- STS 7-3-1993 "…no puede conseguirse o es muy difícil la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria; una privación de libertad muy superior a treinta años sería un tratamiento inhumano por privar de la oportunidad reinsertadora". En el mismo sentido, STS 30-1-1998, "todo lo que contradiga y empañe la resocialización comportará una tacha desde el punto de vista constitucional".
- STS 24-7-2000 "…el art. 76 del Código Penal debe interpretarse en relación con el art. 15 y el art. 25.2 de la Constitución."
- STS 23-1-2000 "…cuarenta y ocho años de prisión es excesivo; por eso hay que ajustarlo al humanitarismo penal y a la prohibición de tratos inhumanos y

[2] CUERDA RIEZU, La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España, Barcelona, Atelier, 2011.

degradantes…"

– STS 7-3-2001 "…penas tan largas (48 años de prisión) ni se dirigen a la prevención general, ni a la prevención especial, por lo tanto hay que acudir a los mecanismos penitenciarios para evitar una pena similar a la cadena perpetua…, en particular acudir al art. 206 RP que permite que la Junta de Tratamiento solicite al Juez de Vigilancia que tramite un indulto particular por la evolución positiva y modificación en la conducta del interno"

II. REGULACIÓN LEGAL

La prisión permanente revisable, a la que se hace referencia ya desde varios apartados del Anteproyecto (que afectan a los artículos 36, 70.4, 76, 78 bis, 92, 136, 140, 485, 572, 605, 607 del actual código penal), se aplicará únicamente a los asesinatos graves, homicidios del Rey o del príncipe heredero y de jefes de Estado extranjeros, así como a los casos de genocidio o crímenes de lesa humanidad con homicidio o con agresión sexual.[3] En las tres ocasiones en las que el gobierno ha propuesto la incorporación de la prisión permanente revisable, el número de delitos para los que estaría prevista esta pena ha variado. Así en el Anteproyecto de julio de 2012, sólo se preveía para los casos más graves de delincuencia terrorista; tres meses después, el número de delitos aumentó de forma evidente.

La lista de delitos para los que está prevista la pena de prisión permanente revisable es cerrada. Los tribunales podrán aplicarla en algunos tipos gravados de asesinatos:

– Cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable (140.1.1ª)

– Cuando sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª)

– En los múltiples (art. 140.2)

– En los cometidos por miembros de una organización criminal (art. 140.1. 3ª)

– Delitos contra la Corona (art. 485.1).

– Delitos contra el Derecho de Gentes.

– Delitos de genocidio (art. 607).

[3] Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, del Código Penal.

– Delitos de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1).

La pena de prisión permanente revisable conlleva el cumplimiento íntegro de la pena de privación de libertad durante un periodo de tiempo que oscila entre los veinticinco y los treinta y cinco años, dependiendo de que la condena sea por uno o varios delitos, o de que se trate de delitos terroristas. Según la Exposición de Motivos, "para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes". El sistema de revisión que podría permitir la puesta en libertad del condenado operaría si éste cumple los requisitos expuestos en el artículo 92, apartados 1 y 2.

Asimismo, se introducen dos nuevos apartados 3 y 4, en el artículo 36 relativo a la clasificación del condenado en tercer grado (de los condenados a prisión permanente revisable). Esa clasificación no podrá efectuarse hasta que se hayan 20 años de prisión efectiva, en el caso que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, y hasta que se hayan cumplido 15 años en el resto de los casos. "En todo caso", añade el artículo 36, "podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión a tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal".

III. ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA A LA REFORMA

La introducción de la pena de prisión permanente exige la adaptación de la legislación penitenciaria para establecer de manera concreta su sistema de cumplimiento. Mientras se produce tal adaptación debe entenderse que, con carácter general, resulta de aplicación lo dispuesto en la LO 1/1979 general penitenciaria (LOGP) y en el Reglamento penitenciario (RD 190/1996), con las limitaciones y excepciones que establece el Código Penal.[4]

[4] FUENTES OSORIO, Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal, Revista InDret nº 1, 2011, p. 29.

1. Clasificación en tercer grado de tratamiento

(CP art.36.1.3 y 78 bis redacc LO 1/2015; LOGP art.63 y 72.5.6; RP art.102.4)

Para acceder al tercer grado, se establecen una serie de requisitos, objetivos y subjetivos, más gravosos que los que se exigen a aquellos condenados a la pena de prisión no permanente.

a) Requisitos objetivos

Dentro de los que denominaríamos requisitos objetivos se encuentran principalmente los relativos al tiempo de cumplimento y la satisfacción de la responsabilidad civil:

(i) Con carácter general, se exige haber cumplido 15 años de prisión efectiva. Se establece así un «periodo de seguridad» general sin posibilidad de individualizar según la gravedad y grado de ejecución del delito. No se contempla excepción alguna a dicho período, como sucede en la pena de prisión no permanente.

(ii) Excepcionalmente, haber cumplido 20 años de prisión efectiva, si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas (CP art.571 a 580).

(iii) En los supuestos de concursos se aplican los siguientes plazos (CP art.78 bis.1):

CIRCUNSTANCIAS DE LA CONDENA	TIEMPO DE CUMPLIMIENTO	
	CONCURSO GENERAL	DELITOS DE ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS
Uno de los delitos castigados con prisión permanente revisable y el resto de penas suman más de 5 años.	18 años	24 años
Uno de los delitos castigados con prisión permanente revisable y el resto de penas suman más de 15 años.	20 años	24 años
Dos o más delitos castigados con prisión permanente revisable y el resto de penas suman más de 25 años o más.	22 años	32 años

a) Satisfacción de la responsabilidad civil. Por aplicación general de la legislación penitenciaria, para acceder al tercer grado también debería ser exigible el pago de la responsabilidad civil decretada en la sentencia (LOGP

art.72.5).

b) Requisitos subjetivos

Entre los requisitos subjetivos se encuentran los siguientes:

(i) En todo caso debe concurrir un pronóstico individualizado favorable de reinserción, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Para emitir dicho pronóstico se deben tener en cuenta las siguientes variables:

- la personalidad del penado y antecedentes;
- las circunstancias del delito y relevancia de los bienes jurídicos afectados;
- la conducta durante el cumplimiento;
- las circunstancias familiares y sociales;
- los efectos que quepa esperar de la suspensión y medidas impuestas.

(ii) En los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas (CP art.571 a 580), los condenados deben mostrar además signos inequívocos de haber abandonado la banda terrorista (LOGP art.72.6) y haber colaborado activamente con las autoridades, para lo cual se tienen en cuenta las siguientes variables:

- impedir la producción de nuevos delitos;
- atenuar los efectos del delito;
- identificación, captura, procesamiento, obtención de pruebas.

(iii) Con carácter general, valorar si concurren las variables generales y específicas que contempla la legislación penitenciaria para poder acceder al tercer grado en régimen abierto durante el cumplimiento de la pena de prisión no permanente (LOGP art.63; RD 190/1996 art.102.4)

c) Procedimiento de concesión

Se atribuye al juez o tribunal sentenciador la competencia para valorar la concesión del tercer grado a aquellos condenados a la pena de prisión permanente revisable.

Deben ser oídos previamente el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias.

Esto conlleva ciertos problemas técnicos y materiales:

- primero debido a la falta de profesional especializado en los juzgados para realizar estos informes -pronóstico individualizado favorable de reinserción-; y
- segundo, por la falta de un seguimiento real y efectivo de los condenados ante la carencia de programas de tratamiento en los centros penitenciarios.

d) Supuestos excepcionales (CP art.36.3 redacc LO 1/2015)

Se contemplan dos supuestos excepcionales en los que se flexibilizan los requisitos para poder acceder al tercer grado:

a) Enfermedad grave con padecimiento incurable. Atendiendo a principios de humanidad y dignidad, así como a la escasa peligrosidad que una persona enferma representa, en el caso de condenados a pena de prisión permanente revisable, el juez o tribunal sentenciador puede concederles el tercer grado, oídos previamente el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, sin exigir los requisitos del período mínimo de cumplimiento de la pena y de la satisfacción de la responsabilidad civil, según la práctica que ha operado hasta el momento en los supuestos de enfermos graves condenados a pena de prisión no permanente.

b) Septuagenarios. En estos casos también se flexibilizan los requisitos para acceder al tercer grado, atendiendo a motivos de humanidad y dignidad principalmente, amén del deterioro físico que las personas de edad avanzada pueden padecer, y valorando su escasa peligrosidad. Igual que en el caso anterior, se faculta al juez o tribunal sentenciador, oídos previamente el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, a conceder el tercer grado, sin exigir un el requisito del período mínimo de cumplimiento (aunque el relativo a la exigencia o no de responsabilidad civil es más dudoso) según la práctica que ha operado hasta el momento en los supuestos de septuagenarios condenados a pena de prisión no permanente.

La práctica que ha operado hasta el momento en los supuestos de tercer grado a efectos de libertad condicional para enfermos graves condenados a pena de prisión no permanente, ha sido que, para acceder al tercer grado, sólo se ha tenido en cuenta la gravedad de la enfermedad, sin exigirse ni un período mínimo de cumplimiento ni la satisfacción de la responsabilidad civil (RD 190/1996 art.104.4 y 196; Instituciones

Penitenciarias Instr 2/2005 EDL 2005/131144; Reunión JVP criterio 51). Del mismo modo en el caso de septuagenarios, aunque en este caso es más polémica la exigencia o no del pago de la responsabilidad civil.

Debe entenderse que tal práctica estaría avalada con el CP art.36.3 y, por tanto, los condenados a pena de prisión permanente revisable que sean septuagenarios o padezcan una grave enfermedad podrán también ser clasificados en tercer grado sin necesidad de haber cumplido un período mínimo de condenada y sin haber satisfecho la responsabilidad civil.

2. Permisos de salida

(CP art.36.1 redacc LO 1/2015; LOGP art.47.1; RD 190/1996 art.154 s.)

El Código Penal agrava los requisitos exigibles a los condenados a la pena de prisión permanente revisable para poder disfrutar de permisos ordinarios, con respecto a lo establecido en la legislación penitenciaria, estableciendo un plazo mayor de cumplimiento.

Por otro lado, guarda silencio respecto a la posibilidad de disfrutar de permisos extraordinarios por los motivos previstos en la legislación penitenciaria, así como en relación a las salidas de fin de semana para los clasificados en tercer grado. Debe entenderse, en consecuencia, que si no se establece mención restrictiva alguna, los condenados a la pena de prisión permanente revisable podrían disfrutar de este tipo de permisos, extraordinarios y salidas de fin de semana, si reúnen los requisitos generales que establece la legislación penitenciaria.

a) Requisitos (CP art.36.1 redacc LO 1/2015; LOGP art.47; RD 190/1996 art.154.1)

El penado no puede disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido los siguientes plazos:

- como mínimo 8 años de prisión, con carácter general; y
- en los supuestos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, como mínimo 12 años de prisión.

Se exige igualmente, según dispone la legislación penitenciaria, estar clasificado en segundo o tercer grado y observar buena conducta.

b) Procedimiento de concesión de los permisos (LOGP art 47.2: RD 190/1996 art.154, 160 a 162)

El Código Penal no hace alusión al procedimiento de concesión de los permisos, por lo que se entiende de aplicación el procedimiento previsto con carácter general en la legislación penitenciaria.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el disfrute de permisos no constituye un derecho subjetivo a favor del recluso, lo cual implica en la práctica que, aunque se reúnan los requisitos indicados, ello no significa la concesión automática del permiso. No obstante, sí hay que motivar su denegación para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como fundamento práctico para la denegación del permiso se recurre a las variables de riesgo que manejan las juntas de tratamiento de los centros penitenciaros. Entre dichas variables encontramos: larga condena, lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, gravedad delictiva y alarma social entre otras (Instituciones Penitenciarias Instr 1/2012). En los supuestos de personas condenadas a la pena de prisión permanente revisable concurren de manera especial dichas variables, por lo que en la práctica será muy difícil la concesión de un permiso.

3. Libertad condicional y suspensión de la pena (CP art.90 y 92 redacc LO 1/2015)

Se ha suprimido la figura penitenciaria de la libertad condicional, quedando absorbida por la suspensión de la pena, perdiendo su autonomía y convirtiéndose en una modalidad de suspensión. Se establece al respecto una regulación compleja que abarca desde la suspensión antes del inicio del cumplimiento de la pena hasta la suspensión del cumplimiento de la última fase de la condena, aunque en el supuesto de la pena de prisión permanente revisable se obvia esta posibilidad, con el fin de permitir la excarcelación definitiva tras su revisión (CP art.92.3)-, para que no termine siendo una pena perpetua, lo cual exige una reforma de la legislación penitenciaria en este sentido.[5]

En este apartado corresponde preguntarse si los condenados a la pena de prisión permanente revisable pueden acceder a la nueva modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la condena y concesión de la libertad condicional prevista para la

[5] GARCÍA ARÁN, Mercedes, La suspensión de la Ejecución de la Pena, Cuadernos de Derecho Judicial, 15/1994, pp. 325-350.

pena de prisión no permanente.

La técnica legislativa empleada, así como la indeterminación en la duración de la pena a cumplir, parecen resolver la duda en sentido negativo:

a) Por un lado, la regulación de la suspensión de la ejecución del resto de la condena y la concesión de la libertad condicional se encuentra ubicada dentro de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión no permanente (CP art.90), quedando fuera la pena de prisión permanente al no haberse realizado una mención expresa.

b) De otro lado, uno de los requisitos que se establecen para acceder a la libertad condicional es el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena; circunstancia imposible de calcular al desconocerse la duración de la pena, salvo que se entienda que la duración de este tipo de pena está sujeta a los límites previstos en el CP art.92.1.

Si se prevé, en cambio, la posibilidad de suspender la ejecución de la pena de prisión permanente con la finalidad de la excarcelación definitiva del penado (CP art.92). Para ello se establece un régimen general y diversos especiales, estableciendo según el caso diferentes requisitos.

a) Régimen general de suspensión (CP art.92.1 redacc LO 1/2015)

Dentro de este supuesto se encontrarían todos aquellos condenados a pena de prisión permanente revisable por un único delito, siempre que éste no se haya cometido en el seno de organizaciones criminales y no se trate de delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas y terrorismo (CP art.571 a 580).

En dichos supuestos se exigen los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 25 años de su condena. En los supuestos de concursos se aplican los siguientes plazos (CP art.78 bis.2 y 3):

Circunstancias de la condena	**Tiempo de cumplimiento**	
	Concurso general	**Delitos de organizaciones y grupos terroristas**
Uno de los delitos castigado con prisión permanente revisable y el resto de penas suman más de 5 años	25 años	28 años

Uno de los delitos castigado con prisión permanente revisable y el resto de penas suman más de 15 años	25 años	28 años
Dos o más delitos castigados con prisión permanente revisable y el resto de penas suman 25 años o más	30 años	35 años

2. Encontrarse clasificado en el tercer grado.

3. Que el tribunal, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por los especialistas del propio tribunal, determine la existencia de un pronóstico favorable de reinserción a la vista de:

   – la personalidad del penado y sus antecedentes;

   – las circunstancias del delito y la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito;

   – la conducta durante el cumplimiento;

   – las circunstancias familiares y sociales; y

   – los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que sean impuestas.

b) Regímenes especiales de suspensión (CP art.92.2 redacc LO 1/2015)

Se prevén dos casos especiales:

(i) Si la condena es por varios delitos, además de los requisitos exigidos con carácter general, se exige que la valoración del pronóstico favorable de reinserción se realice del conjunto de todos los delitos.

(ii) Si se trata de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (CP art.571 a 580), el penado debe mostrar además signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haber colaborado activamente con las autoridades para:

   – impedir la producción de nuevos delitos;

   – atenuar los efectos del delito;

   – la identificación, captura y procesamiento de los responsables;

   – la obtención de pruebas; o

- impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Estas circunstancias se pueden acreditar mediante la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas, abandono de la violencia y petición expresa de perdón de las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten la desvinculación real de su organización terrorista, del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales y su colaboración con las autoridades.

c) Procedimiento de concesión (CP art.92.4 redacc LO 1/2015)

Se atribuye al juez o tribunal sentenciador la competencia para resolver sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable, el cual resolverá tras:

(i) Un procedimiento oral contradictorio.

(ii) Con intervención del Ministerio Fiscal y del penado, asistido de letrado.

Asimismo, el juez o tribunal debe:

(i) Verificar, al menos cada 2 años, y una vez extinguida la parte de la condena de 25 años o, en su caso, los requisitos para la progresión a tercer grado (CP art.78 bis), el cumplimiento del resto de los requisitos de la libertad condicional.

(ii) Resolver las peticiones de libertad condicional, pudiendo fijar un plazo de hasta un año en el cual no se dará curso a nuevas peticiones tras su rechazo.

d) Duración de la suspensión (CP art.92.3 redacc LO 1/2015)

La suspensión de la ejecución tiene una duración de 5 a 10 años, cuyo cómputo comienza desde la fecha de puesta en libertad del penado.

e) Modificaciones y revocación de la suspensión (CP art.92.3 redacc LO 1/2015)

La posibilidad de modificar la suspensión de la pena de prisión permanente revisable es competencia del juez o tribunal sentenciador, quien puede acordar durante la misma, la imposición de prohibiciones, deberes o prestaciones (de acuerdo con CP art.83).

Sin embargo, se atribuye al juez de vigilancia penitenciaria la facultad de revocar la suspensión cuando se ponga de manifiesto un cambio en las circunstancias que

hubieran dado lugar a la suspensión. En esta materia, por remisión expresa, resultan de aplicación algunas normas generales sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (CP art 80.1 párr 2º, 83, 86 y 87), pero debe entenderse que sólo en lo relativo a las circunstancias, prohibiciones y motivos de revocación de la figura de la suspensión de la pena de prisión no permanente, pues en lo que se refiere a la competencia para decretar la revocación, lo dispuesto en CP art.86 se contradice con el CP art.92.3.

f) Modalidades excepcionales de suspensión (CP art.92.3 redacc LO 1/2015)

Se hace una remisión expresa al régimen de la libertad condicional previsto para septuagenarios y enfermos graves (CP art.91). Debe entenderse, en consecuencia, que los condenados a pena de prisión permanente revisable pueden acceder por motivos humanitarios a las modalidades excepcionales de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional para septuagenarios y enfermos graves.

A pesar de que se utiliza el término «libertad condicional», en realidad no estamos ante esta figura penitenciaria -último período de cumplimiento de la pena de prisión según el sistema de individualización científica y encaminado a la integración social del penado-, sino que se trata del procedimiento necesario de revisión para que la pena no termine siendo una cadena perpetua. En el caso de la pena de prisión permanente revisable, la suspensión prevista en el CP art.92 tiene como objetivo la excarcelación definitiva, no la excarcelación anticipada a título de prueba de cara a la reeducación y reinserción del penado propia de la libertad condicional.

IV. DERECHO COMPARADO

En cuanto a la oportunidad de estas modificaciones, el Informe del Ministro de Justicia del Anteproyecto hace señalaba que: "…la prisión permanente revisable ha sido avalada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en distintas sentencias tras su aplicación en países de nuestro entorno". Uno de esos países es Alemania. Como señalan Hassemer y Francisco Muñoz Conde, el Código Penal Alemán estipula, en su artículo 46.1.2, que para la determinación de la pena se debe atender a los efectos y consecuencias que puede acarrear la pena impuesta al delincuente en el sentido de su reinserción en la sociedad. Para ello el juez debe valorar el caso concreto, analizar por qué se ha cometido el delito, qué consecuencias tendría la pena impuesta y si realmente serviría para llevar a cabo la reinserción. Con tal fin, el juez contaría con la

colaboración de las personas expertas en recabar toda la investigación e instrucción del caso.[6]

En el Código Penal alemán se detalla la actuación que vincula al juez a la hora de tomar decisiones sobre la imposición de la pena. Dicha actuación reporta seguridad jurídica a la persona sometida a un proceso penal, en cuyo transcurso las vicisitudes y circunstancias acontecidas en el caso concreto van a ser valoradas y tenidas en cuenta para que la pena se ajuste a la realidad de los hechos, así como a los motivos y voluntad que originaron la comisión de la acción u omisión punible.

En cambio, en el sistema penal español no existen especificaciones similares a las del sistema alemán a la hora de enjuiciar a un delincuente, por lo que cabría plantearse la desigualdad ante la que se encontraría una persona sometida a la prisión permanente revisable dependiendo del país concreto de la Unión Europea en el que sea juzgado.

Sería pues conveniente que el Anteproyecto contemplare que el Tribunal, antes de adoptar una decisión, recabase, de oficio o a instancia de parte, el dictamen de especialistas debidamente cualificados en relación con la idoneidad de la concesión o no de la libertad al condenado

En algunos países europeos como Italia o Alemania, la existencia de la reclusión perpetua se compatibiliza con revisiones obligatorias de condena que permiten la excarcelación anticipada, lo que da lugar a que las críticas recibidas no lo sean por su posible vulneración del principio de resocialización o de humanidad, sino por la confrontación con el principio de certeza o efectividad de la pena o con el de igualdad al variar los efectos en función de la edad del condenado. Por todo ello, si se aprueba la incorporación de esta pena, deberán preverse las suficientes garantías procesales para procurar que los condenados a esta pena estén protegidos contra decisiones arbitrarias.

V. CONCLUSIONES: CRÍTICAS A LA CREACIÓN DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Para dotar de una visión más global sobre los pros y los contras de esta figura jurídica, vamos a sondear a los colectivos que engloban a los principales sujetos participantes de la función jurisdiccional.

[6] Código Penal alemán, modificado el 13 de noviembre de 1998 (Boletín Oficial Federal I, p. 3322), que fue modificado por el artículo 1 de la Ley de 25 de junio de 2012 (Boletín Oficial Federal I, p. 1374).

1. Jueces para la Democracia

"No resuelven los problemas estructurales de la sociedad" y que la reforma no se ajusta a las necesidades sociales sino que **"nos retrotrae a tiempos anteriores a la Constitución"**. La reforma parte de una **filosofía "autoritaria"** sobre la función del Estado y del Derecho en la sociedad. [7]

La reforma apuesta por un **endurecimiento injustificado de muchas penas**, incluida la prisión permanente revisable, cuando "**España se encuentra en los niveles más bajos de delincuencia en el ámbito europeo, cuenta con el mayor número de presos por habitante y se encuentra en los niveles más elevados de cumplimiento de las condenas"**

2. Unión Progresista de Fiscales

Está en contra de "algunas instituciones" contempladas en la nueva reforma, una de ellas, **la prisión permanente revisable**. También ha criticado la propuesta por ser un texto **"más punitivo"**, lo que considera **"innecesario"**, y ha insistido en que "no somos un país con un problema de seguridad pública que necesite esto". "Cualquier código penal que eleve el horizonte temporal de las penas, de alguna manera, **está alejando la reinserción del sujeto, que es el objetivo que nuestra Constitución exige**. No nos parece un avance, sino un retroceso".[8]

3. Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria.

Tiene luces y sombras. Hay cuestiones interesantes y otras que son claramente superfluas y claramente innecesarias y responden a aspectos meramente populistas se trata de una reforma "muy importante" y no "pequeña" del Código Penal y ha pedido "plantearse si era necesario o no" llevarla a cabo. **"Llevamos alrededor de 25 reformas penales en los últimos 15 años**, desde el 96, que es el periodo de vigencia del nuevo Código Penal.

4. Asociación Profesional de la Magistratura.

La prisión permanente revisable cumple la finalidad de la reinserción, está dentro del marco legal y es "una opción que el legislador utiliza en función de la concepción ideológica del partido gobernante".

[7] Joaquim Bosch portavoz de Jueces para la Democracia.
[8] Álvaro García**,** Unión Progresista de Fiscales **(**UPF).

Piña ha considerado que la prisión permanente revisable es "constitucional", está limitada a casos de carácter excepcional y posibilita la revisión de la condena, en función de la conducta del penado, de manera que no es "una cadena perpetua" como existe en otros países.[9]

5. DÍEZ RIPOLLÉS

Es una cadena perpetua, y de las más duras que existen, al menos en el mundo occidental. Cuando se habla de cadena perpetua uno piensa que no se sale hasta cuando uno muere, y esto en el mundo occidental no existe salvo en algunos estados de EEUU. Cuando en Derecho Penal se habla de la cadena perpetua se habla de una cadena perpetua revisable, añadir lo de revisable no cambia el concepto. **Es el legislador el que se ha inventado una palabra, prisión permanente, para ocultar que están introduciendo la cadena perpetua**. Hay sitios, pocos, en que tras diversas revisiones puede que no te suelten. Eso sí. Pero que a alguien lo metan en la cárcel y le digan "a usted no le vamos a revisar nunca, va a estar hasta que se muera", eso no existe en casi ningún sitio. En Europa, en ningún sitio.[10]

La conclusión es que la sociedad cuando se ve confrontada con los casos concretos es menos punitiva que las leyes y los jueces que las aplican. Hay que matizar: cuando hay violencia física de por medio cambian las cosas. La sociedad se inquieta y es más punitiva.

Volviendo a la cadena perpetua: en los países que la tienen, la pena de prisión más grave, justo por debajo de la cadena perpetua, no suele pasar de los 15 o 20 años. Nosotros tenemos penas de 30, 35 y 40 años sin cadena perpetua. A eso se une que la revisión en esos países suele comenzar a los 12, a los 15, a los 20, alguno a los 25 años, pero nosotros la vamos a revisar a los 25, y en algunos casos a los 35. ¿Qué revisión es esa? Si una persona entra en prisión con 25 años con cadena perpetua, estamos hablando de que vamos a empezar a revisar a los 50, 55 o 60 años. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al hablar de la cadena perpetua, dice que es admisible si el condenado tiene expectativas ciertas y motivadoras de que en algún momento va a poder vivir en libertad. Si no, es inaceptable.

Prueba de ello es la pena de prisión permanente que a nuestro juicio, no sólo es

[9] Antonio Piña, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM)
[10] Diario Andalucía Digital de 24 de febrero de 2.015

una medida de corte inconstitucional que vulnera de forma clara el fin de la pena y la prohibición de los tratos degradantes, sino también una medida totalmente inútil para la consecución del fin que se "propone": terminar con la criminalidad.

Por otro lado, y ya dentro del contexto jurídico penal, es significativo que en 20 años de código penal, se haya cambiado en 25 ocasiones. Entiendo y es lógico que la inclusión de nuevos delitos o la matización y definición de otros se haga necesaria, lo que resulta paradójico es que los mayores cambios se dan en delitos de los que se obtiene ciertos réditos políticos con marcados tintes electoralistas. Así se puede observar cómo los delitos sexuales o los relacionados con el terrorismo han sido objeto de numerosos cambios, cuando las tasas de criminalidad, por ejemplo en el caso de los delitos sexuales son muy bajas. Son delitos donde el estado saca un rédito político muy alto aprovechándose del temor irracional que representa este tipo de delitos.

Además, esto supone en nuestra opinión la manera más fácil de resolver la problemática social que supone el fenómeno de la delincuencia en España, es decir, a golpe de código penal. A mi parecer, el Estado debe proporcionar unas medidas preventivas y/o de intervención social ante estos fenómenos propios de un estado moderno, que consiste en ir creando ciertas instituciones y dotando de recursos para resolver numerosos problemas sociales mediante mecanismos de intervención y asistencia.

Debido a estas prácticas cuestionables por parte del Estado, se va asentando en la población la creencia de que el Derecho penal es el encargado de revertir ciertos comportamientos sociales profundamente arraigados, es decir, se corre el peligro de que la sociedad vea que este tipo de política criminal que se está llevando a cabo en la actualidad sirva como una herramienta multiusos para la reparación de todas las emergencias sociales. El caso es que, si ese efecto fuese acompañado de éxitos, de minimizaciones del problema de la delincuencia o del conflicto social que le precede podría de alguna manera "justificarse" en cierta medida estas actuaciones, sin embargo la realidad es más bien la contraria, ya que se está viendo que una excesiva intervención penal, lo único que hace es agravar el problema y no solo eso, ya que además está enmascarando a los verdaderos responsables de los mismos.

Como crítica y ya para terminar, creo que un punto que a mí me parece muy importante porque influye mucho en la percepción del fenómeno de la delincuencia en la ciudadanía y no es otro que el tiempo que tarda la justicia en condenar al delincuente.

Es cierto que la justicia en España es lenta, tanto como que luego es en general contundente con quién comete el ilícito penal, pero esa tardanza crea en el ciudadano una sensación de falta de castigo, el ciudadano exige prontitud en el mismo, el que la haga que la pague y rápido, los castigos postergados en el tiempo no son castigos Este factor junto a la creencia popular de que el delincuente va de paso por la prisión y " a los dos días" está en la calle, hace que cuando se les plantean un aumento de las penas en determinados delitos, la ciudadanía lo vea como el "clavo ardiendo donde agarrarse".

De todas maneras, creo que también debemos plantear la autocrítica, ya que los criminólogos y los profesionales del Derecho penal y de la justicia no hemos sabido mandar el mensaje correcto a la ciudadanía por los cauces habituales, como pueden ser las redes sociales, los medios de comunicación e introducir el debate en las agendas de los partidos políticos, el resultado está ahí. Por desgracia, de poco sirve un artículo en un diario de tirada nacional un domingo hablando sobre el tema, la entrevista a un reputado catedrático de Derecho penal o una sesión explicativa en el Parlamento sobre las luces y las sombras de estas cuestiones.

Tenemos que abandonar el camino de la represión penal, no podemos permitirnos perder todas las conquistas sociales en materia penal, nos ha costado mucho llegar hasta aquí y debemos seguir esforzándonos por hacer de la justicia penal algo humano, por garantizar los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

CANCIO, Manuel, La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal, Diario La Ley, nº 8175, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La racionalidad de las leyes penales, Madrid, Trotta, 2003.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, El diario, 24/02/2015. Disponible en http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html.

Gallardón ve «valiosa y avanzada» la prisión permanente revisable, La Razón, 29/10/2014. Disponible en http://www.larazon.es/detalle_movil/noticias/3692008/espana/gallardon-vevaliosa-y-avanzada-la-prision.

GALLEGO, Gemma, Prisión permanente revisable: constitucional, seguro, El Derecho, 04/11/2014. Disponible en http://www.elderecho.com/cara/Prisionpermanente-revisable-constitucional-seguro_11_604930001.html.

RIVERA, Raquel, España, Noruega y Portugal, los países europeos sin la prisión permanente revisable, La Información, 03/11/2014. Disponible en http://noticias.lainformacion.com/espana/espana-noruega-y-portugal-los-paiseseuropeos-sin-la-prision-permanente revisable_JLFRu8VDGHSAg8W7rqd3I6.

SÁEZ, Concepción, Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada de reforma del Código Penal español, Revista InDret, 2013. Disponible en http://www.indret.com/pdf/962.pdf.

TERRADILLOS, Juan M, La Constitución penal. Los derechos de la libertad. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, 2003.

VILLANUEVA, Nati/ CALLEJA, Mariano, Rafael Catalá: «La prisión permanente tiene perfecto encaje

penal», ABC, 04/11/2014. Disponible en http://www.abc.es/espana/20141013/abci-entrevista-rafael-catala-

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~El análisis jurídico de la mediación penal familiar~

Resumen.- La mediación en el ámbito penal puede considerarse como una nueva forma de resolver conflictos entre particulares, para alcanzar una solución satisfactoria para todos los afectados. La víctima que durante años ha sido la gran olvidada en el proceso penal, puede ver satisfechas sus necesidades reparadas. Sin embargo, y pese a ser una alternativa al propio proceso judicial, la mediación ha sido expresamente excluida del ámbito de violencia de género en cualquier caso.

I. INTRODUCCIÓN

Se puede decir que existe el conflicto desde que existe la Humanidad, pero la forma de resolver y regular ese conflicto es lo que ha cambiado con los siglos. La regulación del conflicto puede ser de forma muy diversa, bien mediante mecanismos formales e informales, tradicionales o alternativos, dependiendo de cómo la diversidad de una comunidad interpreta el conflicto y cómo lo suelen y piensan resolver. Lo que es cierto es que existe un problema y que si se tiene que resolver, se tendrá que analizar sus causas, sus efectos, sus ventajas, e inconvenientes y buscar una solución para reparar el daño.

La forma de resolver el conflicto ha evolucionado. En principio se empezó por resolverlo mediante, lo que interpretaban los implicados, estos buscaban la solución a su problema, (se hacía justicia por su propia mano), mientras que en la actualidad se interpone el Estado, los conflictos se catalogan como delitos y se genera su "castigo" a través del imperativo de la Justicia. El Derecho Penal así pues, nacía con el Estado de Derecho y supuso un gran avance, pues es el Estado, el que a partir de este momento, se hace cargo de impartir Justicia, sustituyendo la venganza que había primado hasta el momento, y fijando un límite para determinados tratamientos, estableciendo unos principios de obligado cumplimiento, esto es, el principio de legalidad, de intervención mínima o proporcionalidad.

Es por ello, por lo que, a comienzos del siglo XXI, nace una "Justicia alternativa", la Justicia Restaurativa, y trae consigo otros mecanismos para resolver los conflictos, entre otros la mediación. La mediación nace, aproximadamente, en los años 70 en Estados Unidos como una nueva institución dirigida a la resolución alternativa de conflictos. Los buenos resultados obtenidos hicieron que creciera rápidamente y que se incorporara al sistema legal de algunos estados. A Europa llega un poco más tarde y,

aunque sean poco los países donde está regulada, la tendencia va en aumento. La expansión de la mediación en los diferentes países donde se ha implantado ha tenido mucho que ver con las ventajas que puede representar la utilización de un sistema diferente judicial para resolver conflictos.

La mediación facilitaba a los ciudadanos, a la sociedad y a la administración de justicia, un instrumento que devolvía a las familias, la responsabilidad de gestionar sus conflictos de manera más rápida, económica y satisfactoria para todos los actores del conflicto y para sus entornos familiares y sociales, pero no sólo para ellos, también para la administración de justicia. Por ello se entiende la mediación, como una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial: el mediador, tras haberse generado un conflicto. Y se entiende por conflicto como:" aquella situación en la que se encuentran, por lo menos, dos partes, que tienen soluciones diferentes a un problema emergente que les afecta directa o indirectamente"[1]. Podemos definir la medicación penal como un proceso de interacción entre el ofensor y la víctima a través de la cual, un tercero facilita el logro de una solución no punitiva ante el conflicto delictivo planteado. Dicho tercero no es un árbitro ni un juez, sino un profesional imparcial que contribuye únicamente a que otros decidan y se pongan de acuerdo, no imponen soluciones ni opinan sobre quién tiene la verdad, lo que buscan es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, regulando el proceso de comunicación y conduciéndolo por medio de unos sencillos pasos en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos ganen o, al menos, queden satisfechos.

Así la solución adoptada se encarna en dos elementos clave: la conciliación y la reparación, no teniendo porque consistir la reparación solo en una prestación económica, pues puede concretarse en otras actividades de carácter restaurativo. La mediación es VOLUNTARIA, es CONFIDENCIAL y está basada en el DIÁLOGO y puede resolver conflictos relacionados con la falta de las normas de convivencia, amistades que se han deteriorado, situaciones que desagraden o parezcan injustas o cualquier tipo de problemas.

Lo que realmente ha cambiado respeto a la época en que se resolvían los problemas mediante auto tutela, es que: existe una tercera persona en medio del conflicto, es decir el mediador, que es una persona imparcial pero está en el medio de la

[1] PALOU I LOVERDOS, J, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007, p. 23.

disputa; este sistema se encuentra regulado, tiene unas normativas, una naturaleza, unas características y un orden, pero la esencia de la forma de resolver el problema es la misma, es decir son las partes quienes tienen que buscar la solución a su problema; se proporcionan una pautas de comportamientos, sino no se podrá resolver la controversia mediante la mediación, y por último, que los implicados quieran resolver su conflicto mediante este proceso. Estas circunstancias son la clave para distinguir la satisfacción del proceso, ya que antiguamente se resolvía, sí o sí, mediante el acuerdo de las partes, podrían existir personas que no estuvieran conformes con el acuerdo (como no existía otro método, las personas no podían elegir) o bien porque no sintonizaban plenamente con el acuerdo, y podía existir una desigualdad (que exista un cierto poder o superioridad de una parte hacia la otra).

Así pues, la mediación ofrece la posibilidad de que el daño de la víctima sea reparado, más allá de una indemnización patrimonial, pues atiende también a la situación psicológica o anímica de la misma procurando realmente que pueda rehacer su vida y que quede restaurada a la situación en la que se hallaba con anterioridad a los hechos.

II. ORIGEN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Los métodos alternativos de resolución de disputas, más conocidos por ADR (Alternative Dispute Resolution) tuvieron sus orígenes en Estados Unidos. Se utiliza este término para referirse a la resolución informal de disputas entre dos partes en conflicto mediante la intervención de una tercera parte que les ayuda a solucionar la disputa. Estos métodos (mediación, arbitraje y conciliación) han surgido debido al impulso de los movimientos a favor de los derechos civiles desde los años sesenta, que han facilitado un mayor grado de sensibilidad social en la tutela de los derechos individuales, los derechos de las minorías, de los menores, de las mujeres, y en lucha contra la discriminación y segregación en sus múltiples variantes, sexual, racial y religiosa, donde se ha visto su reivindicación en la Civil Right Act de 1964. Esta ley demandaba una tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos[2].

A su vez, la mediación, la conciliación y el arbitraje se han convertido en los métodos de resolución de disputas más utilizados por los ciudadanos, lo que facilitó una

[2] SOUTO GALVÁN, E. (Coord.), La mediación: un instrumento de conciliación, Madrid, Dykinson, 2010, p. 17.

descongestión de la actividad de los tribunales de justicia. El éxito de los ADR en EEUU ha deparado una expansión a nivel internacional y han llegado a Europa hace algunas décadas.

La Unión Europea ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde el acceso a la justicia es fundamental, y con estos objetivos de por medio, el Consejo Europeo se reunió en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, donde rogó a los Estados miembros a que se instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, para lograr que una simplificación y mejora al acceso a la justicia.

Posteriormente, la Comisión Europea publicó un Libro Verde de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos. En julio de 2004, la Comisión creó el código de conducta de los mediadores destinado a expertos en mediación. El 22 de octubre de 2004, el Consejo Europeo y el Parlamento presentaron una propuesta a la directiva con el propósito de promover el recurso a la mediación en materia civil y mercantil. En 2008 el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE vuelven a reunirse con la finalidad de que los Estados Miembros aludan a sus recomendaciones sobre las posibles medidas para promover el uso de la medición y que garanticen "que, para que las partes que recurran a ella, puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil. Y así se ha podido constatar cómo, de forma paulatina, los países de la Unión Europea han ido introduciendo la mediación como alternativa y como procedimiento extrajudicial para dar respuesta a determinados conflictos entre las partes.

III. LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Son diversas las razones que han conducido al estudio de la mediación penal con vistas a su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, la consideración de la víctima como protagonista del conflicto social que se genera con el delito y la conveniente implicación de la misma en la resolución de ese conflicto. Se afirma en este sentido que "la mediación supone una forma de hacer participar a la víctima en la solución del conflicto frente al Derecho penal clásico y facilitar la reparación del daño

en el marco de la llamada justicia restaurativa"[3]. Frente a la tradicional concepción del sistema procesal penal en el que, un tercero ajeno al conflicto - órgano jurisdiccional- impone la solución que resulte de aplicar el Derecho Penal al caso concreto, la justicia restaurativa trata de restituir el orden jurídico y social quebrado por el delito, y trata de hacerlo con la participación de quienes han sido sus protagonistas: víctima e infractor.

La Directiva 2012/29/UE establece que la «Justicia reparadora» es "cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial". Doctrinalmente, aún a sabiendas de la dificultad para ofrecer una definición universalmente válida, se ha definido la justicia restaurativa como "la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito"[4].

Debe no obstante advertirse que la justicia restaurativa no es un término equivalente al de mediación. La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia reparadora, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño. Sin embargo, la mediación no será la única vía para lograr esa justicia restaurativa. Cabe pensar también – desde una perspectiva de futuro y no atendiendo al actual marco legal- que pese a la intervención de la víctima no se alcance el acuerdo mediador y que sea la autoridad competente la que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, opte por imponer ciertas medidas propias de la justicia

[3] FÁBREGA RUIZ, C. F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia", Bajo Estrados, Revisa del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones.

[4] RÍOS MARTÍN, J. C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, p. 3. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones

restaurativa. Tendríamos con ello una manifestación de justicia restaurativa pero no de mediación[5].

IV. PROPÓSITO Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

La finalidad de la mediación es que las personas dispongan de un sistema o método para resolver sus conflictos, que puede ser de una manera extrajudicial o intrajudicial y que puede ser de tipo privado o público, con diferentes tipos de mediación en función del ámbito en el que se origine el problema, como puede ser el juvenil, familiar, penal, laboral, etc.

La mediación pública es aquella que se desarrolla con la intervención de mediadores que desenvuelven su función dentro de un servicio institucional y administrativo, prestando el servicio de mediación, como integrante de un servicio social y por lo tanto, generalmente, de carácter gratuito para los mediados. La mediación privada se desarrolla por mediadores que ofrecen sus servicios como profesionales particulares y liberales a cambio de una remuneración pactada con las personas que soliciten su intervención. Hay que distinguir entre mediación judicial intrajudicial o extrajudicial, en líneas generales. La mediación judicial intrajudicial es aquella que, desarrollándose al margen del proceso judicial, se encuentra vinculado a él de alguna forma, generalmente mediante el acceso al servicio de mediación por remisión del juez [6]. Mientras que la mediación extrajudicial es aquella, como su nombre indica, que se desarrolla ajena y externa a un proceso judicial, por tanto al margen de juzgados y tribunales.

La mediación en España tiene naturaleza, predominantemente extrajudicial, ya que su ejercicio, no es tutelado o dirigido por órganos jurisdiccionales, como son los jueces o magistrados. Actualmente es desarrollada por personas o identidades privadas que no pertenecen al Poder Judicial, y que también están desvinculados de servicios públicos.

La mediación también es un sistema complementario al sistema judicial, ya que son las personas quienes pueden optar por este método o por una resolución jurisdiccional. Jamás se debe orientar o condicionar a una persona para que elija un

[5] MANZANARES SAMANIEGO, J. L, La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español, Diario La Ley, n°7232, 2 Sep.2009, Ref. D-270.

[6] CARRASCO BLANCO, M., Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, Reus, 2009, p. 143.

método extrajudicial de conflictos, como la mediación, en vez de acceder al proceso judicial, porque se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, regulada en el artículo 24 de la Constitución Española. Asimismo los ADR en general, deben ser considerados como sistemas alternativos y complementarios a la jurisdicción, pero nunca excluyentes de la misma. Así pues, la mediación en su carácter complementario, supone una utilización: extraprocesal (no tiene relación temporal con el proceso judicial), preprocesal (cuando las partes han tomado como primera opción la mediación y esto no haya resultado fructífero y con este resultado no exista ninguna salida más que optar por el proceso judicial), intraprocesal (cuando se inició el proceso mediante un proceso judicial y se suspende para intentar solucionarlo a través de la mediación, esperando los resultados de la mediación) y postprocesal (para las resoluciones de las diferencias que pueden existir entre las personas en cuanto a contenido, extensión o forma de cumplimiento de la resolución judicial previa)[7].

La solución mediadora descansa en un acuerdo no punitivo entre las partes cuya consecuencia principal es alcanzar una justicia restaurativa en lugar de retributiva, pues el pacto en la mediación consiste principalmente, en el compromiso del ofensor y en la aceptación por parte de la victima de cumplir con algunas medidas o prestaciones, cuyo catálogo no punitivo no tiene en principio un carácter cerrado. Algunos autores han indicado que a la vista de los precedentes legislativos, la mediación viene a conformarse en torno a una serie de elementos básicos: por una parte el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio a favor de la comunidad e incluso de la propia víctima. Por otra parte, la voluntaria aceptación del ofensor a acogerse a una actividad educativa.

V. LA INSERCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Dos son los puntos característicos que deben ser consideramos necesarios para poder incardinar la mediación en nuestro proceso penal, a saber: el estatuto de la víctima y los derechos que en relación con la mediación deberían atribuírsele y, de otro lado, las características y la regulación del proceso penal.

La previsión de una normativa general sobre mediación no resuelve, de por sí, la cuestión de la mediación penal; y menos cuando, como es el caso, la mediación penal ha quedado expresa e intencionadamente excluida de esta regulación. La primera pregunta

[7] REDORTA LORENTE, J., Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.

es, en buena lógica, ¿por qué la mediación penal requiere una normativa específica? Y la respuesta es clara, porque el principio de legalidad penal, tal como lo entendemos, implica el carácter público de la reacción penal y la exclusividad de los órganos jurisdiccionales, a través del proceso en su aplicación, de forma que la introducción de la mediación en la solución de los conflictos penales ha de resolver la posible quiebra de hasta tres monopolios constitucionalmente garantizados[8] :

1. El monopolio del ius puniendi estatal, que hace el Derecho penal indisponible por los particulares; sólo el Estado define las infracciones y asocia a su comisión las correspondientes sanciones, y por ende:

   a) la autotutela queda prohibida en este ámbito, rige una prohibición general de que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano (sólo en situaciones en que el Estado es incapaz de intervenir se abre paso a través de la justificación por legítima defensa no ya el derecho a castigar, sino el derecho a defenderse; fuera de estos casos extremos, el ciudadano ha de acudir al poder estatal para que le proteja del delito), y

   b) la consecuencia jurídico-penal es indisponible para los particulares; salvo en ciertas excepciones justificadas por la armonización de importantes intereses en juego (delitos privados, semiprivados y semipúblicos; sobre los supuestos en que la acción penal o el castigo se condicionan a la voluntad de la víctima, normalmente los ciudadanos, incluso los ciudadanos que han sido víctima de un delito, no pueden ni imponer ni dejar de imponer penas. Lo que excluye, con carácter general, tanto que los particulares acuerden que no se castigará, como que acuerden que se castigará.

2. El monopolio jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal: pues sólo a través de los órganos jurisdiccionales aplica el Estado el Derecho penal; y esta es una garantía de singular importancia en la construcción del Estado de Derecho.

3. El monopolio procesal: sólo a través del proceso penal pueden los órganos jurisdiccionales imponer penas (*nemo damnetur nisi per legale iudicio*); y ello no por mero prurito formal, sino porque el proceso penal y los principios que lo

[8] SÁEZ VALCÁRCEL, R., La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 2062, 2008, p. 1766.

rigen son garantías tanto de los fines del sistema penal como de los derechos de la persona acusada de haber cometido un delito.

Así pues, si para garantizar elementos básicos del Estado de Derecho se han construido estos tres monopolios, las cautelas que ha de rodear la introducción de una institución que puede cuestionarlos, justifica sobradamente una normativa específica que atienda a estas cuestiones particulares (y precisamente por ello la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye la aplicación lisa y llana de la normativa general sobre mediación privada al ámbito de la mediación penal). Y, además, será preciso prever la inserción de esta mediación en un proceso penal que se impulsa de oficio (sin tener previsto dejar espacios para la mediación), así como los efectos sobre el proceso penal de la mediación, exitosa o no. Por tanto, la pregunta inmediata es, ¿existe esa normativa específica en nuestro ordenamiento? Y la respuesta ha de ser matizada, pero es sustancialmente negativa. Matizada, porque en el ámbito de la Justicia Penal juvenil –de naturaleza sancionadora-educativa, y en la que el principio de superior interés del menor, es criterio rector de muchas decisiones político-criminales– hace ya tiempo que existe una regulación legal y una práctica forense de la mediación penal, aunque a veces parece que queramos olvidarnos de su existencia al protestar de la falta de referentes normativos sobre mediación penal en España. Y negativa, porque en el ámbito de la Justicia Penal para adultos, no existe previsión legal sobre la materia pero cierto es que, en rigor, la primera previsión existente se ha limitado a prohibir la mediación en determinado ámbito.

Todo lo cual, por demás, no ha podido impedir que, al soplo de vientos de mediación que ya se dejan sentir con fuerza en varias iniciativas legislativas, se hayan venido impulsado desde hace 20 años, proyectos piloto de mediación, auspiciados y coordinados –limitadamente– por el Consejo General del Poder Judicial en los últimos tiempos. Una cuestión clave a destacar en las diversas experiencias que se están desarrollando sobre mediación penal es concretar las infracciones penales a las que podría aplicarse esta forma de resolución del conflicto, que en principio, vendría referida a cualquier situación en la que existan al menos dos partes identificables, victima e infractor. No obstante, hay que puntualizar que en algunos supuestos no aparece tan clara la aplicación de la medicación sobre todo por la dificultad de eliminar el conflicto.

VI. LA MEDIACIÓN PENAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Entre las actuales tendencias en el Derecho Penal se encuentra la de la Justicia Restaurativa, también conocida, principalmente en España, como mediación penal. La Justicia Restaurativa se ha descrito como una respuesta del siglo XXI al reto de la delincuencia dentro de una sociedad libre. La Justicia Restaurativa cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá.

La víctima, prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Esta mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos.

La Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador. La finalidad: la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. Pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

La mediación penal se incardina dentro de la justicia restaurativa, en la que el protagonismo se devuelve a las partes inmersas en el conflicto y fija no tanto su atención en la retribución, sino en la restauración, posibilitando la reintegración social de los delincuentes, como obliga el artículo 25 CE, conciliándola con una respuesta adecuada a las necesidades de la víctima del delito.

El tradicional método de resolución de conflictos producidos en el ámbito familiar a través de su judicialización no ha tenido éxito, como era de esperar, pues no se tiene en cuenta una de las principales variables que intervienen en el problema, los sentimientos. La mediación podría ser el camino idóneo para superar estos problemas, pero se ha llegado a la conclusión que no lo es. Como se ha indicado anteriormente, la mediación es un procedimiento aconsejado en muchas normas internacionales, como en el reglamento 2201/2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental; la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; y la recomendación del Comité de Ministros a los estados miembros sobre la mediación familiar que fu aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros, de la que se puede destacar entre su contenido lo siguiente: "*Con el fin de proteger el interés del menor (consagrado en tratados internacionales) en procesos de divorcio o separación, para conseguir con ello:*

- *Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia.*
- *Reducir los conflictos entre las partes en litigio.*
- *Dar lugar a acuerdos amistosos.*
- *Asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos.*
- *Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados.*
- *Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos".*

La mayoría de los autores incardinan como ventajas de la mediación:

1. La solución rápida a los conflictos, en comparación con las alternativas jurisdiccionales.
2. Económica: el mediador es el único profesional que interviene.
3. Eficaz: porque, al ser las partes las que deciden la solución al conflicto, se reducen los problemas para el cumplimiento de la resolución acordada. L
4. La reparación redunda en beneficio de la víctima.

5. Aumenta la efectividad del sistema penal.
6. Aumenta la participación ciudadana.
7. Responsabiliza al delincuente de su conducta.
8. Reduce la aplicación de las penas de prisión.

La mediación en el ámbito penal tiene como finalidad principal el resarcimiento de la víctima, a lo que añade su contribución a la reinserción del agresor. En la justicia de menores (de 14 a 18 años de edad) la mediación está expresamente normada como medio para alcanzar la reeducación del menor. En este ámbito, la mediación la realizan los equipos de apoyo a la Fiscalía de Menores, aunque también puede realizarse por organismos de las Comunidades Autónomas y otras entidades como determinadas asociaciones especializadas en esta materia.

VII. LA EXCLUSIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género es un fenómeno que existe en todas las partes del mundo y desde hace mucho tiempo. No es un fenómeno típico de esta sociedad moderna, sino que lleva existiendo durante desde toda la historia de la Humanidad, pero hasta hacia pocas décadas ha sido prácticamente invisible, un problema privado, hasta que se ha considerado la violencia de género como un problema social. Mediante la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos en Viena (1993), la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1994) y la Conferencia Mundial de Mujeres en Pekín (1995) el concepto de violencia de género se empieza a expandir, y este término es adoptado en España mediante la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en 2004.

Se ha definido la violencia de género como: "aquella que sufren las mujeres por el hecho de serlo, y que se debe a la posición de inferioridad a la que han sido relegadas históricamente"[9]

La Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género establece que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige a las mujeres por el hecho

[9] DELGADO ÁLVAREZ, C, Respuestas sobre la violencia de género, Salamanca, Globalia Artes Gráficas, 2008, p. 31.

mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Algunos autores definen lo que es género en el siguiente sentido: "la palabra género se designa: en primer lugar, el sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres, en segundo, se delimita que la causa última de esta violencia se basa en la desigualdad histórica y universal, que se ha situado en una posición de inferioridad a las mujeres respecto a los hombres y en último lugar se remite a la generalidad de los ámbitos en que se ejerce, se produce en todos ellos, ya que la desigualdad de poder cristaliza en la pareja, familia, economía, política, religión, etc…."

El artículo 1 de la Ley 1/2004, refiere que la violencia de género "es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobres las mujeres… y que comprende todo acto de violencia física y psicológica… la privación de libertad". Por tanto, la violencia de género consiste en el poder y el control que el hombre quiere ejercer constantemente en su pareja y es esta desigualdad entre las partes lo que, según los expertos, provoca que la mediación no se pueda realizar.

El legislador dejó bien claro la prohibición de la mediación en estos casos, como podemos verificar en la redacción dada del artículo 44.5 de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia, cuando menciona expresa y tajantemente que está prohibida la mediación en este supuesto, prohibición que también viene referida en el art 87 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, que prohíbe la mediación en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

Se ha discutido el alcance de este veto, y su trascendencia en el ámbito penal (apartado 1) o civil (apartados 2 y 3) de la competencia de estos Juzgados, pero parece claro que el veto legal se proyecta, en principio, sobre todos los asuntos competencia de estos órganos jurisdiccionales, que instruyen las causas penales por violencia de género y por violencia familiar en los casos en que ésta se presente junto a un acto de violencia de género. Tras este veto a la mediación, en los asuntos competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, late la preocupación de que la desigualdad que sienta entre las partes la existencia de una relación lastrada por el patrón de dominación de género dé lugar a la imposición de la parte más fuerte y no al encuentro interpersonal y a una solución equilibrada. Obviamente tal situación puede producirse, y corresponde a las

personas que tienen encomendada la mediación evitarlo, corrigiendo la situación donde sea posible y poniendo fin a la mediación cuando no pueda garantizarse; pero en la tramitación parlamentaria de la Ley integral contra la violencia de género prevaleció la cautela, y prosperó la enmienda firmada por el grupo parlamentario Convergència i Unió que argumentando que "*la inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados*" , enmienda esta que venía avalada por las dos ideas que principalmente se emplean para justificar la citada prohibición: por un lado el argumento de que para los casos donde existe violencia, la mediación resulta improcedente y por el otro, el argumento que sostiene que, al no existir igualdad entre las partes, la mediación resulta inconveniente.

En atención a lo anterior se puede concluir que existen dos grandes inconvenientes para poder regular la mediación penal en el ámbito de violencia de género:

- Legal: La mediación penal no puede imponer pena alguna: ni privación de libertad, ni orden de alejamiento o prohibición de aproximación o residencia) y sus acuerdos no son directamente ejecutables. La obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento podría salvarse modificando el art. 57 CP en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.
- Relacional: Notable desigualdad que pueda existir entre las partes en relación con el desequilibrio de poder. Esta desigualdad hiere la mediación. Es la voluntad de las partes y el informe realizado por un mediador, que en este caso debería ser también psicólogo, quien debería determinar la posibilidad de realización.

Y es que, además afecta a varios de los principios básicos de la mediación: voluntariedad, confianza, bilateralidad, empatía y otros, lo que desemboca en el establecimiento de varios argumentos en contra de la mediación:

- La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia;
- La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones;

- La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español;
- Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de la prevención general;
- Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor;
- La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor;
- La comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor.

VIII. CONCLUSIÓN

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del sistema penal y el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del Estado como superación de la justicia privada, no debe impedir una mirada crítica y una reflexión hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad. Si aceptamos que el fenómeno delictivo es algo más que imponer y ejecutar una pena, es el momento de dar cabida a la justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal, por tanto, diálogo, perdón, rehabilitación, compensación y composición justa del conflicto, cohesión social del agresor, mayor satisfacción de la víctima, menor reincidencia del agresor, mayor componente humano, menor judicialización... En definitiva devolver la confianza de los ciudadanos en la justicia penal.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO BLANCO, M, Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, Madrid, Reus, 2009.

DELGADO ÁLVAREZ, C, 161, Respuestas sobre la violencia de género, Salamanca, Globalia Artes Gráficas, 2008.

FÁBREGA RUIZ, C. F., HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revisa del Colegio de Abogados de Jaén.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L, La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español, Diario La Ley, núm., 7232, 2 Sep.2009, Ref. D-270.

SOUTO GALVÁN, E. (Coord.), La mediación: un instrumento de conciliación, Dykinson, Madrid, 2010.

PALOU I LOVERDOS, J, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007.

REDORTA LORENTE, J, Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar, Valencia, 1999.

RÍOS MARTÍN, J. C., Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el dialogo y la disminución de la violencia. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones

SÁEZ VALCÁRCEL, R, La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 2062. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones.

* * * * * *

Julia Serrano Trigueros
Abogada del Colegio de Abogados de Antequera. Socia de la FICP.

~Tipificación de los matrimonios forzados~

I. INTRODUCCIÓN

Los datos ponen de manifiesto que la pobreza, la ausencia de formación y la inseguridad figuran entre las causas subyacentes de los matrimonios infantiles, precoces y forzados. En muchas comunidades con el matrimonio se persigue un beneficio económico, bien, para la propia familia de la víctima, o bien, para las niñas y mujeres que no tienen otra posibilidad de subsistencia autónoma y se ven compelidas a contraerlo. En ese contexto, la violencia física, psicológica, económica y sexual, así como las restricciones a la libertad de circulación, van unidas al matrimonio forzado. Las mujeres y las niñas que han contraído un matrimonio forzado pueden sufrir una situación que se corresponde con las definiciones jurídicas internacionales de esclavitud y prácticas análogas como matrimonio servil, sexual, servidumbre infantil, trata de niños y trabajo forzoso. Frente a esta negación de los derechos fundamentales, la Comunidad Internacional se ha esforzado por encontrar soluciones a este fenómeno, siendo especialmente importante, por la obligación que impone de adaptar las legislaciones internas a los Estados contratantes, el denominado "Convenio de Estambul" y la LO 1/2015, de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal que en cumplimiento del aquél mandato, introduce, entre otros aspectos, el artículo 172bis CP que tipifica los matrimonios forzados, como delito autónomo. Este trabajo pretende efectuar una exégesis del proceso de incriminación de este fenómeno.

II. CONCEPTO DE MATRIMONIO FORZADO

El matrimonio forzado no encuentra una definición uniforme en los diversos países. En su delimitación confluyen perspectivas sociales, económicas y culturales. No obstante, el punto común es la ausencia de consentimiento, o al menos, la ausencia de consentimiento libre y pleno de uno de los contrayentes, que normalmente ha sido forzado a casarse. La ausencia de consentimiento válido viene determinada por la coacción física, psicológica, sexual, emocional o por factores externos como el honor, la tradición, las expectativas de los consortes o el nivel económico.

Conforme a la definición que ofrece el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *matrimonio forzado es todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/o cuando uno de ellos o ambos carecen de capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o una intensa presión social o familiar*.

En relación al consentimiento libre y voluntariamente prestado, como nota definitoria del matrimonio, es básico recordar La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, artículo 16, que establece: "*Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. (...) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio (...)*".

En idéntico sentido se muestra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España el 6 de octubre de 1999, al establecer «*los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento*».

El núcleo central del contrato de matrimonio se centra en el consentimiento y, en consecuencia, también en lo que deba entenderse por matrimonio forzado. No obstante, en muchas ocasiones, matrimonio libre y matrimonio forzado, se presenta erróneamente como fórmulas estancas o manifestaciones de un modelo binario en el que existe o no existe consentimiento. Es necesario reseñar que entre una y otra forma, podemos encontrar el matrimonio pactado o arreglado, en el que, no se impone la celebración del matrimonio en contra de la voluntad de los contrayentes, manteniendo aquellos la capacidad para aceptar o rechazar la propuesta familiar. Es en esta zona intermedia, dónde la presión sutil sobre el contrayente lleva a éste a aceptar la imposición familiar,

cuando más difícil puede resultar deslindar el matrimonio forzado del pactado o arreglado.[1]

1. Relación del matrimonio forzado con el concertado y el simulado

La gradación en la capacidad de decisión que puede reconocerse a los contrayentes en las diversas modalidades de matrimonio pactado, así como la dificultad para determinar el alcance de la coerción sutil en el ámbito de las relaciones familiares, dificultan enormemente la distinción entre matrimonio libre, pactado y forzado. Es necesario comprender que la presión ejercida por el entorno familiar no tiene porqué concretarse en formas de violencia grave, sino que tal vez sea incluso más habitual el empleo de formas sutiles de presión, dirigidas a recordar al joven cuáles son las expectativas depositadas sobre él por parte de su familia y la comunidad que no pueden se defraudadas. Así, lo que para los familiares es un mero arreglo matrimonial, puede ser experimentado por el contrayente como un matrimonio forzado. No en vano se puede afirmar que, si bien, no todos los matrimonios pactados son forzados, todos los matrimonios forzados son, a su vez, arreglados.

A esta dificultad se suma el propio concepto de consentimiento que en la cultura occidental y, en consecuencia, en sus ordenamientos jurídicos, se utiliza presuponiendo un individuo autónomo, independiente, autosuficiente e individualmente considerado, que es libre para tomar las decisiones que pueden tener importantes consecuencia y transcendencia en su vida, como sin duda lo es el matrimonio. Esta construcción del consentimiento ha sido ampliamente criticada tanto por feministas occidentales como por feministas postcoloniales.[2]

También se trata de un caso diferente, los matrimonios simulados, o también denominados de conveniencia o en fraude a ley, dónde los cónyuges se casan libremente pero persiguiendo finalidades diferentes a las asignadas comúnmente a la institución matrimonial, por ejemplo, cuando se utiliza el matrimonio para la conseguir la nacionalidad de forma más rápida, para conseguir un determinado beneficio económico,

[1] TORRES ROSELL, Estudios Penales y Criminológicos, XXXV, 2015, p. 836.

[2] SHARIFF, Social and Legal Studies, 21 (4), 2012, p. 552. Por ejemplo en los procesos matrimoniales del sudeste asiático, se prioriza el consenso frente al concepto occidental del consentimiento libre. La importancia que se concede a la familia y a la comunidad hace que el proceso sea muy complejo; lleno de ponderaciones y negociaciones.

para regularizar la situación administrativa de uno de los contrayentes, o incluso para poder entrar en un determinado territorio nacional a través de la reagrupación familiar[3]

En muchas ocasiones no resulta difícil distinguir entre matrimonio concertado, matrimonio forzado y matrimonio simulado; por cuanto, no existe normativa que regule la finalidad que preside esta institución, convirtiéndose en un concepto voluble, dependiente del entorno social, económico, político y, también, de las creencias religiosas de los contrayentes. Para el matrimonio, como institución, es indiferente que la decisión de los contrayentes se justifique en amor, proyecto de vida en común, expectativas económicas o políticas, o para ver cumplidas otras diversas expectativas e intereses. El consentimiento libre y pleno no se da ni en el matrimonio forzado ni en el pactado, ya que en el primero se utiliza la violencia física o psicológica para obligar a uno o a ambos cónyuges a contraer el matrimonio y, en el segundo, se produce un tipo de reserva mental, al darse el consentimiento en el marco de una familia que indirectamente obliga a contraer matrimonio a uno de los cónyuges, o a los dos, por tradición, moral y costumbre impuestas que, obviamente, merman la libertad nupcial. De este modo, la distinción fundamental entre uno y otro es la aceptación del matrimonio concertado o pactado y el uso de la violencia física, coacción o amenazas en el matrimonio forzado para doblegar la voluntad del contrayente.

En 2005, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la resolución 1468 sobre matrimonios forzosos y los matrimonios de niños. La Asamblea definió el matrimonio forzoso como "*la unión de dos personas en la que al menos una no ha dado su libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio".* El matrimonio de niños se define como *"la unión de dos personas en la que al menos una es menor de 18 años".*

III. RESPUESTA INTERNACIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconocía en su artículo 16.2 que "*solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio",* es decir, ya se recogía el matrimonio forzado como un atentado a los derechos humanos. Después le siguieron otros textos, como la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para el

[3]IGAREDA GONZÁLEZ, Oñati Socio-legal Series, 5-2, 2015, p. 616. Inicialmente estos son los tipos de matrimonios que las legislaciones migratorias pretenden evitar, pero lo hacen confundiendo matrimonios pactados, con forzados y con matrimonios fraudulentos. Incluso convierten en matrimonios sospechosos de ser fraudulentos, cualquier matrimonio entre extranjeros en el que uno de los contrayentes resida en un país tercero diferente.

matrimonio y el registro de matrimonios aprobada en 1962 y en 1965, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, que alentaba a los Estados firmantes a adoptar medidas preventivas contra el matrimonio forzado e instaban a la adopción de medidas de protección y asistenciales para las víctimas.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, es una de las normas más importantes en la materia. Esta Convención fue la primera en ampliar el ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres al ámbito privado, considerando en el mismo plano las violaciones de los Derechos Humanos en el espacio público como las que se realizaban en el espacio privado. Se establece que el compromiso matrimonial y el casamiento de un niño o niña no tendrá efectos jurídicos y que se deben tomar todas las medidas necesarias, incluidas las legislativas, para especificar una edad mínima de matrimonio. La edad recomendada por el comité sobre la eliminación de discriminación contra la mujer es de 18 años.

La Asamblea General de Naciones Unidas, a través del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ha impulsado diversas acciones y estrategias para la eliminación del matrimonio forzado e infantil. Así, ACNUDH, presentó el 2 de abril de 2014 el Informe de Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado y el 18 de julio de 2014, el Informe resultante de la Mesa redonda sobre Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado. Ni en uno ni en otro, a pesar de las breves referencias a la posibilidad de considerar los matrimonios forzados como un delito, no existe una apuesta explícita por la tipificación del fenómeno.

1. Ámbito regional europeo

En el Consejo de Europa, si existe, con anterioridad a la aprobación del Convenio de Estambul en el año 2011, una visión del fenómeno proclive a su tipificación. Así, en La Recomendación 1325 de 1997, sobre trata de mujeres y prostitución forzada en los Estados miembros, el Consejo de Europa vincula el matrimonio forzado con la trata de seres humanos. El matrimonio forzado se configura como una de las modalidades de explotación, en concreto en la modalidad de explotación sexual, a las que puede ser destinada la mujer víctima de trata. Por su parte, La Recomendación 5 (2002) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre protección de las mujeres contra la violencia, incluye los matrimonios forzados entre las prácticas tradicionales

perjudiciales para la mujer previstas como modalidad de violencia en la familia. En este sentido, recomienda a todos los Estados miembros la prohibición de los matrimonios forzados así como la articulación de las medidas necesarias para prevenir y poner fin a las prácticas relacionadas con la venta de niños.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Lucha contra la Trata de Seres Humanos, aprobado el 16 de mayo de 2.005, conocido por el Convenio de Varsovia, no contiene ninguna medida para la erradicación del matrimonio forzado, sin embargo, se puede considerar que aborda el problema de la trata de seres humanos de forma muy exhaustiva.

La Resolución 1468 del Consejo de Europa sobre matrimonio forzado y matrimonio infantil vincula los matrimonios infantiles a las prácticas tradicionales perjudiciales y a la discriminación por razón de sexo, por cuanto, se observa que el problema surge predominantemente entre comunidades migrantes y afecta primordialmente a mujeres y niñas. La Asamblea Parlamentaria instó a los parlamentos nacionales a fijar en 18 años, o a elevar a ese nivel, la edad mínima obligatoria para contraer matrimonio, establecieran la obligación de que todo matrimonio sea declarado e inscrito por la autoridad competente en un registro oficial y estudiaran la posibilidad de tratar los actos de matrimonio forzoso como un delito penal independiente.

La Recomendación 1723 (2005) del Consejo de Europa sobre matrimonio forzado y matrimonio temprano, insta a los Estados a evitar el reconocimiento de matrimonio forzado o infantil celebrado en el extranjero, así como a reconocer como violación las relaciones sexuales a las que se vean forzadas las víctimas de matrimonios forzados o infantiles. El texto plantea la posibilidad de abordar los actos de matrimonio forzado como un delito autónomo que incluya también las conductas de complicidad.

También debemos referirnos a cuatro instrumentos jurídicos que, en el marco de la Unión, tratan la materia:

a) Directiva 2003/86 EC sobre el derecho a la reunificación familiar que establece, como limitación posible a imponer por el Estado miembro, que el sujeto reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que esta excede los veintiún años. Con esta medida se pretende evitar los matrimonios forzados; no obstante, se ha criticado la efectividad de la norma, porque comportar que la víctima quede confinada

en el país dónde se ha contraído el matrimonio forzado, hasta la edad legal para la obtención de la residencia, reduciéndose la posibilidad de solicitar la ayuda necesaria.

b) Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y palucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. La Directiva se refiere de forma expresa a los matrimonios forzados como una de las manifestaciones de la trata de seres humanos y considera que los mismos constituyen una de las conductas incluidas en la definición de la trata de seres humanos siempre que concurran los elementos constitutivos de la trata. Cuando la conducta afecte a un niño, lo que puede ocurrir ante supuestos de matrimonios forzados infantiles, la trata constituirá una infracción punible aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios comisivos.

c) Directiva 2011/92/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil por la que se constituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Aun cuando esta Directiva no contiene ninguna referencia a los matrimonios forzados, es evidente la vinculación entre esta Directiva y el fenómeno de los matrimonios forzados, pues, el matrimonio infantil constituye una realidad en la que se ve afectada la indemnidad sexual del menor a quienes su pareja impone la participación en actividades de naturaleza sexual y reproductiva.

d) Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La Directiva reconoce el fenómeno de los matrimonios forzados en su considerando número 17, como una práctica nociva que, junto con la mutilación genital femenina y los denominados “delitos relacionados con el honor”, constituyen una manifestación de la violencia por motivos de género.

2. El Convenio de Estambul

En el ámbito europeo, la trata y la explotación sexual se recogen como forma de violencia contra la mujer en el Convenio núm. 210, *sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica*, de 11 de mayo de 2011, denominado “Convenio de Estambul”. Con el Convenio de Estambul se aporta, por primera vez en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en

materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que se considera una grave violación de derechos humanos.

El Convenio, ratificado por España en el mes de abril de 2.011, entró en vigor el 1 de agosto de 2014. En su virtud, los Estados Parte adquieren una serie de compromisos entre los que, por lo que aquí importa, destaca la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la violencia física, psicológica y sexual, el acoso, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y esterilización forzosos y el acoso sexual, y aquellas medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de esos actos de violencia, no se considere nunca a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos.

Junto a la tipificación de tales delitos y, derivado del carácter transnacional de algunas de las figuras penales que se ordena incluir en las legislaciones internas de los Estados parte (piénsese, por ejemplo, en la mutilación genita, o el matrimonio forzado, que necesariamente conllevan desplazamientos transfronterizos, de niñas o adultos…) se disponen reglas especiales de competencia, que se detallan en el artículo 44 y que ordenan la adopción de las medidas "legislativas o de otro tipo necesarias", para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el Convenio, cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio.

En coherencia con lo anterior, se articula y exige a las Partes un mecanismo de cooperación internacional, y en concreto la asistencia judicial en materia penal a los siguientes fines: *"a) Prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito del presente Convenio; b) Proteger y asistir a las víctimas; c)Llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos establecidos en virtud del Convenio, y d) Aplicar las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección."*

El Convenio asume e integra el principio de diligencia debida de los Estados, desarrollado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que determinará la obligación de aquéllos para prevenir, perseguir y sancionar, tales conductas y, en su caso, reparar el daño causado.

Y obligando a los Estados a velar por la puesta en marcha de cualesquiera medidas legislativas en orden a la persecución y castigo, es destacable, por novedoso, que en relación al proceso penal que se desarrolle como consecuencia de la comisión de delitos en los que pretenda invocarse la cultura, la costumbre o la religión se oponga, lo que el Convenio denomina, en su artículo 42 *"la justificación inaceptable de delitos cometidos supuestamente en nombre del "honor"*.

Se preceptúa la imposición de sanciones "efectivas, proporcionales y disuasivas" y se catalogan hasta nueve agravantes de la responsabilidad en la comisión de un acto de violencia.

IV. DIFERENTES RESPUESTAS LEGALES A LOS MATRIMONIOS FORZADOS

Las respuestas estatales al fenómeno de los matrimonios forzados ha sido variada, dependiendo del diagnóstico se ha optado por respuestas legales como si se tratara de un problema puramente migratorio o de un fenómeno asociado a ciertas religiones, otras veces como un problema de otras culturas, en ocasiones como una forma de violencia de género, o también como una utilización fraudulenta de la institución matrimonial.[4] No obstante, el mandato contenido en el Convenio de Estambul de 2011 ha fomentado el proceso incriminador. Veamos algunas de las respuestas ofrecidas por el Derecho comparado para, después, centrarnos en la reforma que ha experimentado la legislación penal nacional.

Noruega ha sido pionera en la criminalización del delito de matrimonio forzado. En el año 2003 tipifica, como coacción, el matrimonio forzado. La conducta típica se define como forzar a otro a contraer matrimonio. Los medios comisivos que se contemplan incluyen la fuerza, la privación de libertad, la presión desmesurada y la amenaza. Entre los delitos contra las relaciones familiares, también se tipifica la acción consistente en contraer matrimonio, ayudar o instigar a otro para contraer matrimonio o una relación de pareja con menor de dieciséis años. Es de destacar que el matrimonio con un menor de dieciséis años se castiga aunque no concurra fuerza, intimidación o amenaza[5].

[4] IGAREDA GONZÁLEZ, Oñati Socio-legal Series, 5-2, 2015, p. 613.
[5] COUNCIL OF EUROPE, Forced marriages, 2005, p. 41.

Alemania siguió a Noruega y en el año 2.005 ya incluyó en su Código Penal el delito de matrimonio forzado, como un subtipo agravado del delito de coacción. En el año 2011, a tan solo dos meses desde la promulgación del Convenio de Estambul, entró en vigor una profunda reforma penal, procesal, civil y de derecho de extranjería tendente a dar una solución integral al fenómeno de los matrimonios forzados. Con esta reforma se introdujo un nuevo tipo autónomo, esta vez como delito contra la libertad personal y no como subtipo agravado del delito de coacciones; se insertó a continuación del delito de trata de seres humanos y sustracción de menores. Lo más novedoso es que castiga, tras mantener la conducta de forzar a contraer matrimonio empleando la violencia o la amenaza, la conducta de quien traslada a la víctima fuera del territorio alemán o impide a la misma su regreso, con el fin de celebrar el matrimonio. En cuanto a los medios comisivos previstos en este segundo párrafo, añade a la violencia y la intimidación el engaño.

Las políticas del Reino Unido han liderado en Europa las respuestas de intervención, prevención y atención al fenómeno de los matrimonios forzados. Se han caracterizado por una clara preferencia por las leyes y procesos civiles[6]. En el año 1.996 se introdujeron las Forced Marriage Protection Orders, estas medidas de protección para evitar que el matrimonio se celebre o para proteger a la víctima, pueden incluir la prohibición de contactar con la víctima o la confiscación del pasaporte y se puede adoptar contra cualquiera que contribuya a la celebración del matrimonio forzado, incluidos padres, hermanos, etc.

En el año 2012 se aprobó la Anti-social Behaviour Crime and Policing Acta 2014 (ASBCPA), que ha supuesto la criminalización del fenómeno de los matrimonios forzados mediante la incorporación de dos tipos penales: de un lado, el quebrantamiento de una orden de protección en materia de matrimonios forzados y, de otra, el delito de matrimonio forzado propiamente. El delito se configura como una modalidad de coacción y como medio comisivo se incorpora, además de la violencia física o psíquica, la amenaza, el engaño. Por último, no se exige la concurrencia de los medios comisivos señalados cuando la víctima no tiene capacidad mental para consentir el matrimonio.

[6] La aprobación de la Forced Marriage Act 2007, en vigor desde noviembre de 2008, vino a materializar la apuesta por la protección a las víctimas de forma prioritaria e independiente a la criminalización del fenómeno.

En Francia, en el año 2010 tipificó determinadas conductas vinculadas a este fenómeno a raíz de la Ley de violencia contra la mujer y la violencia en el seno de la pareja. Sin embargo, no introduce un delito autónomo, sino que el matrimonio forzado constituye una agravante de los delitos de tortura, actos de barbarie y delitos de lesiones. Así, se castigaba cuando la violencia física o psíquica ejercida sobre la víctima para lograr la celebración del matrimonio, desembocaba en muerte de la víctima, lesiones o tortura. En el año 2013 el legislador francés reformó el Código Penal para adaptarlo a las disposiciones del Convenio de Estambul. La regulación se concreta a lo dispuesto expresamente en el artículo 37 del Convenio de Estambul, es decir, el castigo de la conducta consistente en engañar o emplear maniobras fraudulentas orientadas a la consecución del matrimonio forzado, sin que se creara un delito autónomo de matrimonio forzado. En el año 2014 se introdujeron medidas en la lucha contra el matrimonio forzado.

En conclusión, en el ámbito europeo, las respuestas estatales al fenómeno de los matrimonios ha sido la incorporación progresiva del delito de matrimonio forzado en sus leyes.

V. TIPIFICACIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En lo que al Derecho Español se refiere, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas que incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas, así como el Convenio de Estambul, han sido decisivos en la configuración del delito de matrimonio forzado, como tipo autónomo de nuestra legislación penal, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Con la LO 1/2015 se aborda una importante modificación del Código Penal que, entre otros aspectos y por lo que aquí nos interesa, tipifica el matrimonio forzado "*para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos*".[7] En otro orden,

[7]Exposición de Motivos, Apartado XXVIII, LO 1/2015 que justifica la tipificación autónoma del fenómeno en: "*la propia Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas. Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de*

resulta conveniente recordar que este tipo de delito está ya regulado en otros de nuestro entorno, como pueden ser, Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania o Noruega.

Se tipifica, como delito autónomo, dentro del Título VI, del Libro II, dedicado a los delitos contra la libertad, en concreto, en el Capítulo III destinado a las coacciones. El bien jurídico protegido, por tanto, no son las relaciones familiares o la institución del matrimonio, sino la libertad del individuo. El artículo 172 bis, tipifica el matrimonio forzado como una modalidad agravada del delito de coacciones, previendo dos modalidades: compeler a otra persona a contraer matrimonio y forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio.

1. Modalidad de conductas

a) La primera modalidad de conducta sanciona a quien *"con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio"*. La acción consiste en compeler, como sinónimo de "*imponer, constreñir a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar*. Los medios comisivos son la intimidación grave y la violencia. Que se tipifique la intimidación grave como medio para compeler a la celebración del matrimonio forzado, pudiera hacer pensar que nos estamos separando del delito de coacciones que solo contempla la violencia como medio comisivo. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ha señalado que "*la vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no solo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. Y en este sentido el concepto de violencia ha ido ampliándose para incluir también la intimidación o "vis compulsiva e incluso la fuerza en las cosas o vis in rebus siempre que repercuta en la libertad e la persona para el pacífico disfrute de sus derechos. La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia"*[8]

Naciones Unidas, ratificada por España, establece en su art. 16 que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento».

[8] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/2013 Sala 2ª de lo Penal de 17/07/2013.

En relación al medio comisivo "intimidación grave", los operadores jurídicos han coincidido en considerar esta remisión de "*innecesaria, distorsionadora*"[9], por cuanto, cuando la intimidación no puede encajarse en el precepto por no revestir la gravedad suficiente, la vía para sancionar la conducta no podrá ser la del artículo 172 bis de matrimonios forzados sino la del artículo 172 CP de coacciones. Por su parte, GUINARTE CABADA cree admisible cualquier tipo de intimidación que presente la intensidad suficiente como para doblegar la voluntad de la víctima menoscabando con ello su libertad[10].

Que se exija como elemento objetivo que la intimidación empleada sea grave, quedando, en consecuencia, fuera aquélla que no revista tal carácter, puede provocar impunidad, además de las dificultades interpretativas del término "grave". Parece que hubiera sido más aconsejable suprimir esta nota de gravedad respecto de la intimidación; como así sucede en otros delitos como el de agresión sexual, (artículo 178 CP) o el robo con violencia o intimidación (artículo 242 CP). Considero que existe jurisprudencia unánime y consolidada que conceptúa el término intimidación, exigiendo que se trate de una intimidación seria, inmediata y suficientemente grave. Por lo tanto, huelga o es redundante el término "grave" para referirse a la intimidación, salvo, que el legislador haya querido que en los matrimonios forzosos la intimidación sea especialmente grave[11].

El hecho de que algún supuesto de matrimonio forzado responde más al tipo de amenazas condicionales que a la especie de las coacciones, puede originar que el nuevo tipo funcione como tipo atenuado. En concreto, la presión a la que se somete a la víctima puede concretarse en la causación de un daño contra su persona o contra otras personas queridas, conductas que pueden ser constitutivas de delito y que estaría tipificado en el artículo 169.1 CP. También se puede amenazar a la víctima con un mal no constitutivo de delito, artículo 171.1 CP. Esta situación exigiría determinar, en especial cuando el caso sea denunciado con carácter previo a la efectiva celebración del matrimonio pero habiéndose sometido a la víctima a la presión enunciada, si la conducta es constitutiva de una tentativa de matrimonio forzado, un delito de coacciones consumadas o un delito de amenazas, siendo la pena superior en estos dos últimos

[9] DE LA CUESTA AGUADO, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios, 2015, p. 564.
[10] GUINARTE CABADA, en: González Cussac (Dir.), Comentarios, 2015, p. 564.
[11] Informe del Consejo General del Poder Judicial en la elaboración del Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal.

supuestos que en el de matrimonio forzado, que queda en una posición relegada. Asimismo, cuando el matrimonio se haya consumado tras amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito la calificación de la conducta por la vía del artículo 172bis CP, como ya hemos apuntado, supone un trato privilegiado para el autor.[12]

Por otro lado, se señala, que la fuerza física no es necesariamente un elemento del matrimonio forzado, pues, algunas o muchas situaciones responden más a la coacción, que puede ser de carácter físico, pero también puede serlo psicológico, sexual, emocional, o incluso, factores más sutiles, como el miedo, la intimidación, las expectativas sociales y familiares o la presión económica. En este sentido, varios autores consideran que no es conveniente requerir determinados medios comisivos, pues muchas conductas que no pueden calificarse como violentas o intimidatorias son idóneas para constreñir la voluntad del contrayente forzado, máxime si se tiene en cuenta que esta fenomenología se produce en el propio seno familiar.

En cuanto a la finalidad, opino con GUINARTE CABADA que es la de compeler a la celebración de un matrimonio, que ha de ser "*cierto, con persona concreta, aunque no sea conocida para el contrayente compelido, y en un plazo o término también cierto, aunque no sea exigible que esté determinada la fecha para entra en el ámbito de tentativa".* Además, "*no se requiere que el matrimonio vaya a celebrarse en España, ni que se acomode a la legislación española y esté destinado a tener validez legal en nuestro país"*[13].

A efectos del tipo del artículo 172 bis, debe considerarse matrimonio, cualesquiera que fuera la forma de celebración o el sexo de los contrayentes que estuvieran reconocidos por la legislación española. Además, considera DE LA CUESTA AGUADO también como típico el matrimonio celebrado en el extranjero, bajo ley extranjera, así como, el matrimonio celebrado en España bajo un rito no reconocido o en unas condiciones no reconocidas.[14]

En cuanto a las parejas de hecho, entiendo que deben quedar fuera de la tipicidad del matrimonio forzado, por cuanto, implicaría una interpretación extensiva del precepto, o bien, su aplicación por analogía, criterios expresamente prohibidos en Derecho Penal. TRAPERO BARREALES considera que *"la conducta consistente en*

[12] DE LA CUESTA AGUADO, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios, 2015, p. 371.
[13] GUINARTE CABADA, en: González Cussac (Dir.), Comentarios, 2015, p. 565.
[14] DE LA CUESTA AGUADO, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios, 2015, pp. 373-375.

compeler a otro a constituir otra clase de relación más o menos parecida a la conyugal, en particular formar una pareja de hecho" deben quedar excluidas del tipo del artículo 172 bis; sin embargo, añade que la conducta consistente en compeler a otro, mediante el empleo de violencia o intimidación grave, a constituir una relación de hecho, es un hecho típico, previsto en los delitos de coacciones y amenazas.[15]

Por último, en relación a la pena, se prevé las penas alternativas de prisión de seis meses a tres años y seis meses o multa de doce a veinticuatro meses. Esta pena es similar a la contemplada para el delito de coacciones, si bien, incrementada en seis meses en su límite superior. Al respecto, el Informe del Consejo Fiscal y el de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica, objetaron que el nuevo tipo, en la Exposición de Motivos, se consideraba como una modalidad agravada del delito de coacciones, sin embargo, en la redacción del anteproyecto, la penalidad era la misma que para esta figura. Resultaba contradictorio que se introdujera un delito específico para sancionar una conducta de tal gravedad y que no sólo no se sancionara con mayor pena que el tipo básico de coacciones, sino que además no resultara de aplicación el subtipo agravado que prevé que se imponga la pena en su mitad superior cuando la coacción tenga por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, art. 172.1.2º CP, dado que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución de 1978*, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas",* sino de la Sección Segunda, "*De los derechos y deberes de los ciudadano".*

En relación a la pena alternativa de multa, coinciden la mayoría de autores, al considerarla inadecuada en este contexto, tanto atendiendo a criterios de proporcionalidad por la gravedad de los hechos sancionados y por la exigencia de medios comisivos violentos, como tomando en consideración los argumentos que sirvieron para excluir la pena multa en los delitos vinculados a la violencia doméstica y de género, esto es, evitar que la multa repercutiera negativamente en la familia.

b) La segunda modalidad de las conductas tipificadas, consiste en *"forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo".* La acción tipificada es "forzar", término que hace referencia al empleo de fuerza o violencia. Se fuerza *"(...) para conseguir algo que habitualmente no debe ser conseguido por la fuerza, u obligar*

[15] TRAPERO BARREALES, Matrimonio ilegales, 2015, p. 23.

a que se ejecute algo, en este caso concreto que se abandone el territorio español o que no se regrese al mismo"[16]

Lo que está castigando el apartado segundo del artículo 172 bis CP es provocar el abandono del territorio nacional o impedir su regreso, con la finalidad de contraer un matrimonio forzado[17] No es necesario, por lo tanto, que se llegue a celebrar el matrimonio para que el delito quede consumado. La conducta sancionada no es, propiamente, la de compeler al matrimonio, sino la de engañar o violentar para logra el traslado de la víctima y obligarla allí a contraer matrimonio o impedirle su regreso. Por lo tanto, la conducta se estructura como un acto preparatorio del matrimonio forzado, que se configura como mero elemento tendencial y dónde lo que se castiga es preparación del mismo mediante la determinación a abandonar el territorio español.

Respecto a la conducta de impedir el regreso a España, PALMA HERRERA considera que la *"conducta a la que se refiere el legislador es impedir el regreso a España cuando esa vuelta a nuestro país sea, precisamente, la forma de evitar en el extranjero el matrimonio forzado*"[18]. Por otro lado, no se contempla el supuesto en el que al cónyuge, sin ser obligado a abandonar el territorio nacional pero forzado a contraer matrimonio fuera de nuestras fronteras, se le impide regresar a España para evitar posibles denuncias o rupturas del vínculo matrimonial.

Entre los medios comisivos, ya apuntados, cabe destacar el "engaño" que como ya hemos visto, ha sido incorporado también a los ordenamientos penales de diversos países de nuestro entorno. Con la incorporación del engaño como medio comisivo se pretende evitar las situaciones de matrimonios forzados e infantiles, en los que so pretexto de unas vacaciones se traslada a la víctima fuera del territorio de España para obligarlo a contraer matrimonio. No obstante, la mayoría de los autores, como PALMA HERRERA, consideran que el engaño como modalidad comisiva, escapa de lo propio del delito de coacciones, por más que se incluya el verbo forzar en la conducta típica, por

[16] GUINARTE CABADA, en: González Cussac (Dir.), Comentarios, 2015, p. 570.

[17] Los informes emitidos por la Fiscalía General del Estado y por el Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley, señalaron que "la dicción resultaba confusa e imprecisa y plantea problemas de interpretación" y puso de manifiesto que la conducta descrita en el segundo apartado entraña una mayor gravedad que la prevista en el primero por lo que debería exigirse también distinta penalidad.

[18] PALMA HERRERA, en: Morillas Cueva (Dir.), Estudios, 2015, p. 402.

cuanto, "*forzar es conseguir o provocar algo mediante el empleo de fuerza (física o psíquica), pero nunca por medio de engaño*"[19]

En relación a las consecuencias jurídicas del delito, he de señalar que existe una equiparación penológica en las conductas tipificadas en el primer y segundo párrafo del artículo 172 bis CP, ello, refuerza la idea de que no se requiere la celebración del matrimonio para consumar el tipo del párrafo segundo. Si consideráramos que el tipo se consuma forzando el traslado al extranjero o impidiendo su regreso y llegando a celebrarse el matrimonio, resultaría que el reproche penológico sería claramente insuficiente, teniendo en cuenta los bienes jurídicos conculcados: la libertad de ambulatoria y la libertad de obrar.

Por último, cabe reseñar que el tercer párrafo del artículo 172bis CP, contiene un subtipo agravado para cuando la víctima es menor de edad, lo que conlleva la agravación de la pena de prisión o de multa a su mitad superior. Esta agravación de la pena ha sido bien acogida en la comunidad científica, si bien, la mayoría de los autores no alcanzan a comprender como la conculcación de bienes tan importantes en la vida de un menor tienen una respuesta punitiva tan leve. Son muchos los que consideran que se debiera haber aprovechado para introducir una mayor severidad cuando la víctima es un menor, siguiendo las pautas seguidas en otros delitos en los que se han elevado las penas notablemente con la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP.

2. Relación del delito de matrimonio forzado con el de trata de seres humanos

El delito de trata de seres humanos se incorporó a nuestro CP con la reforma introducida por la LO 5/2010, es decir, antes de la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril, del Parlamento y Consejo de Europa relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. El legislador español, con intención de adaptar nuestra legislación interna al marco europeo, ha introducido con la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, el reconocimiento y la tipificación del matrimonio forzado como uno de los fines a los que puede ser destinada la víctima de la trata.[20] La consecuencia que se deriva es la doble tipificación del matrimonio forzado, por un lado, como delito de coacciones contemplado en el artículo 172bis CP y, de otro, como delito

[19] PALMA HERRERA, en: Morillas Cueva (Dir.), Estudios, 2015, p. 402.

[20] DE LA CUESTA AGUADO, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios, 2015, p. 367, señala que la Directiva no obligaba al Estado español a tipificar el matrimonio forzado como modalidad de trata, puesto que el texto europeo no se refiere a este fenómeno en su articulado sino solo en sus considerandos.

contra la dignidad y libertad de las personas, contemplado como delito de trata del artículo 177bis CP.

Es de reseñar que antes de la reforma ya era posible apreciar el delito de trata de seres humanos en los supuestos de matrimonios forzados, básicamente, acreditando que el matrimonio tenía por finalidad la explotación sexual o laboral de la víctima[21]. La cuestión que ahora nos ocupa, tras la reforma del artículo 177 bis CP, es discernir cuando procede la aplicación de uno u otro precepto y qué relación concursal existirá entre ambos tipos.

De la propia dicción de los preceptos parece colegirse que la conducta del delito de trata de seres humanos es en sí misma más grave que la del delito de matrimonio forzado; en aquel delito se atenta contra el derecho a la libertad y, además, contra la dignidad de la persona. La pena prevista para uno y otro delito son sustancialmente diferentes, razón que justificaría que se reservara el artículo 177 bis CP para aquellas conductas más graves. En concreto, se prevé una pena mucho más grave pare el delito de trata con la finalidad de contraer matrimonio forzado, aunque este no se hubiera llegado a contraerse, a diferencia de la conducta prevista en el artículo 172bis, párrafo 1º, CP que con una pena mucho más leve, exige que el matrimonio se haya contraído, sin perjuicio de que el párrafo 2º del artículo 172 bis CP no exija la celebración para la consumación del delito[22].

En cuanto a los medios comisivos, el elenco de medidos comisivos en el delito de trata de seres humanos es mucho más aplico: *"violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima";* se excluye el calificativo de "grave" a la intimidación y no se exige que concurra ningún medio comisivo cuando la víctima sea menor de edad, conforme a la mayoría de las legislaciones europeas que, como vimos, excluyeron en el ámbito del matrimonio forzado cualquier medio comisivo cuando la víctima era menor de edad. Todos los medios contemplados en el artículo 177 bis CP hace que la acción castigada se acerque de forma más eficiente y real a la verdadera situación familiar, social y económica de este fenómeno.

[21] VILLACAMPA ESTIARTE, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios, 2015, p. 404.
[22] TORRES ROSELL, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, 2015, p. 894.

GUINARTE CABADA ofrece distintas soluciones a la confrontación entre los preceptos de matrimonios forzados y trata de seres humanos. En concreto, plantea el siguiente ejemplo: "una persona coacciona a otra (...) para que contraiga matrimonio, y una vez doblegada su voluntad por el uso de intimidación o de violencia, la fuerza a abandonar España para hacer efectivo el matrimonio, trasladándola (usando para ello violencia, intimidación o engaño) a un país extranjero". En este caso, cabría subsumir los hechos como delitos descritos en el artículo 172 bis 1 y 2 sobre matrimonios forzados, así como el del artículo 177 bis de trata de personas. Señala que una solución sería apreciar el concurso de normas, aplicar el criterio de especialidad y excluir el delito de trata. Si excluimos el delito de trata la pena a aplicar será la contemplada para el delito de matrimonios forzados que es inferior a la señalada en los casos de trata de seres humanos. Pena, que en principio, no cubre las expectativas punitivas que cabe esperar dada la gravedad de la conducta.[23]

TRAPERO BARREALES considera que si acudimos al concurso de leyes y aplicamos el principio de especialidad, estaríamos convirtiendo el delito de matrimonio forzado en un tipo atenuado del delito de trata de personas, "un efecto totalmente desacertado"[24].

También se podría solucionar el concurso de normas mediante el principio de alternatividad, aplicando el delito más gravemente penado, es decir, el delito de trata. Ahora bien, se debería considerar, lo absurdo de una regulación que castiga más el actuar con una finalidad que ejecutar dicha finalidad.

Considerando la conducta descrita en el artículo 172 bis apartado primero y su relación con la trata del artículo 177 bis, puede plantearse nuevamente un concurso de normas entre el matrimonio forzado del primer apartado y la trata de seres humanos, entendiendo que la compulsión previa al traslado, transporte o acogimiento son actos previos y penados de la trata que tras la reforma recoge entre las finalidades la del matrimonio forzado. PALMA HERRERA defiende esta idea de concurso de normas por considerar que "*el constreñimiento de la libertad del sujeto queda consumido por el más grave atentado contra la integridad moral que comporta*" el delito de trata de seres humanos.

[23] GUINARTE CABADA, en: González Cussac (Dir.), Comentarios, 2015, pp. 571 y ss.

[24] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del CP, establece que en algunos supuestos, el párrafo 2 del art. 172bis CP, podría entrar en concurso con la trata de seres humanos del 177 bis CP, con lo que el tipo del matrimonio forzado actuaría como tipo atenuado al aplicar preferentemente el principio de especialidad, art. 8.1 CP, lo que constituiría un desatino.

TRAPERO BARREALES considera que por medio del delito de trata quedan comprendidas todas las conductas que se pretenden respaldar por medio del delito de matrimonio forzado. El nuevo delito de matrimonio forzado no considera aquellos supuestos en los que no existe ningún tipo de medio comisivo, puesto que la víctima no requiere de ningún medio para ser compelida a contraer matrimonio. Ésta sería la única situación que daría sentido a contemplar el delito de matrimonio forzado de forma independiente.

Otra solución, sería acudir al concurso real de delitos, entendiendo que se protegen dos bienes jurídicos diferentes por medio del artículo 172bis y 177bis. Solución que sería la introducida por el propio legislador al establecer en el apartado número 9 del artículo 177 bis prevé una relación de concurso con "*el artículo 318 bis CP y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación".* Siguiendo este criterio, la pena resultante sería la suma de las consideradas para cada uno de los delitos.

Conforme a lo expuesto, cabe señalar a modo de conclusión, que el legislador de 2015 ha abordado el fenómeno de los matrimonios forzados desde una doble perspectiva, lo que disminuye el riesgo de impunidad de este tipo de conductas contrarias a los derechos humanos de las personas. No obstante, son muchos los autores que consideran esta doble incriminación como innecesaria; TRAPERO BARREALES entiende que "podría catalogarse como mera utilización simbólica del Derecho Penal". Entendemos que tanto en el ámbito de los delitos de coacciones como en el de trata de seres humanos, se hace imprescindible una labor interpretativa que solvente los conflictos relativos a la propia descripción del tipo y, también, a los problemas concursales que pueden establecerse entre estos dos delitos.

Bibliografía

COUNCIL OF EUROPE, Forced marriages in Council of Eurpope member states, a comparative study of legislation and political initiatives. Stransbourg, 2005.

DE LA CUESTA AGUADO, El delito de matrimonio forzado, en: Quintero Olivares (Dir.), Comentarios a la reforma penal del 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GUINARTE CABADA, El nuevo delito de matrimonio forzado (Artículo 172 bis del CP), en: González Cussac (Dir.) / Matallín Evangelio / Górriz Royo (Coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

IGAREDA GONZÁLEZ, Debates sobre la autonomía y el consentimiento den los matrimonios forzados, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, núm. 47, 2013.

IGAREDA GONZÁLEZ, El problema de los matrimonios forzados como violencia de género, Oñati Socio-legal Series, v. 5, núm. 2, 2015.

INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en: Informe al anteproyecto del reforma del Código Penal, 2012.

INFORME DEL CONSEJO FISCAL, en: Informe al anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, Madrid, 2012.

LAMARCA PÉREZ, Delitos contra la libertad, en: Lamarca Pérez (Dir.), Delitos. La parte especial del Derecho Penal, Colex, Madrid, 2015.

OLAIZOLA NOGALES, A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas, en: Fernández Teruelo / González Tascón / Villa Sieiro (Coords.), Homenaje a Suárez Montes, Constitutio Criminales Carolina, Oviedo, 2013.

PALMA HERRERA, La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en: Morillas Cueva (Dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson SL, Madrid, 2015.

SHARIFF, Towards a transformative paradigm in the UK response to Forced Marriage, Social and Legal Studies, 21 (4), 2012, p. 552.

TORRES ROSELL, Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, 2015

TRAPERO BARREALES, Matrimonios ilegales y derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VARGAS GALLEGO, Sobre los matrimonios forzados, El Derecho, núm. 2, 2014.

VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos, en: Quintero Olivares (Dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, Cizur menor, 2015.

* * * * * *

Juan Carlos Velasco Perdigones
Abogado en Velasco Perdigones Abogados, Arcos de la Frontera, Cádiz. Máster en Derecho de Seguros (UNED) y en Responsabilidad Civil (UGR). Socio de la FICP.

~Notas jurisprudenciales de la responsabilidad civil subsidiaria del industrial/comerciante derivada del delito. Responsabilidad civil del asegurador~

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio vamos a abordar la responsabilidad civil subsidiaria por comerciantes o industriales derivada de hechos delictivos cometidos por las personas que dependen del mismo, así como la posible responsabilidad civil directa del asegurador. Se analizará varias líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo y las tesis doctrinales sobre este tipo de responsabilidad conectada con un ilícito penal.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL INDUSTRIAL/COMERCIANTE EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA

La responsabilidad civil subsidiaria se encuentra regulada en el Capítulo II (*De las personas civilmente responsables)* del Título V (*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales)* del vigente Código Penal. Dentro de dicho Capítulo encontramos el precepto 120.4 del Código Penal el cual viene a disponer*: Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: /…/ Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007[1] ha venido a establecer unos requisitos que no han sido pacíficos en la doctrina jurisprudencial, dando lugar en dicha resolución judicial al voto particular del Magistrado D. Juan Ramón Berdugo Gómez. En la citada sentencia se viene a debatir sobre la posible responsabilidad civil subsidiaria de una entidad mercantil en la que desempeñaba su relación laboral el acusado, estando éste contratado para desempeñar tareas de control en un aparcamiento público y gratuito. El Recurso de Casación es planteado por la mercantil, la cual fue condenada en instancia como responsable civil subsidiario,

[1] STS de 18 de octubre de 2007. RJ 2008/254.

basando su recurso en la violación del precepto 120.4 del Código Penal, argumentándose que no es suficiente con que el delito se haya cometido en el lugar y horario de trabajo, sino que es preciso que el delito guarde relación con las funciones que desempeñaba el empleado acusado. El Alto Tribunal resuelve a favor de la recurrente argumentando que existe responsabilidad civil subsidiaria de personas naturales o jurídicas en relación a hechos delictivos cometidos por sus dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, por disposición del art. 120.4 CP. Ha planteado numerosos problemas jurisprudenciales el requisito del desempeño de obligaciones o servicios por el personal dependiente, lo que determina un "plus" de vinculación entre el autor del ilícito penal con su empleador. Lo que no sólo se requiere que el delito se haya cometido en el tiempo de servicio o en el lugar de desarrollo de la actividad laboral, sino que requiere que la conducta a sancionar penalmente tenga alguna relación con el cometido laboral. De lo anterior, ha dado lugar a cada vez más una objetivación de esta responsabilidad subsidiaria de industriales y comerciantes, utilizando por la jurisprudencia el denominado ***principio "quisentirecommodum, debetsentireincommodum"***. Todo ello se encamina a una objetivación de esta responsabilidad, pero sin perder de vista la necesidad de alguna vinculación entre la actividad del trabajador con el delito cometido y la responsabilidad de él derivada. Por tanto, no es suficiente para derivar esta responsabilidad, la concurrencia exclusiva de relación entre las circunstancias de tiempo y espacio, sino que es necesaria la vinculación antes referenciada. Sin embargo, este criterio ha sido matizado por parte del Magistrado D. Juan Ramón Berdugo Gómez, el cual ha emitido un Voto Particular en el que señala que debe de descartarse el sentido estricto del precepto (art. 120.4 CP), pero que hay que tener en cuenta el dato espacial (hecho delictivo que tiene lugar en las instalaciones de la empresa, el dato temporal (en el horario de trabajo) dato instrumental (con los medios de la empresa), formal (con uniforme de la empresa) o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa). Determinando la existencia de una objetivación de la responsabilidad[2].

[2] */.../ ello tratándose de una responsabilidad objetiva en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Así la STS 1.7.2002 (RJ 2003, 72) , condena al empleado de un "controlador laboral" de unas obras que agrede sexualmente a dos niñas que habían acudido a jugar en las cercanías y el empleado las condujo bajo engaño (las niñas creyeron que era su vigilante) a una caseta de obras; y la STS de 23.6.2005 (RJ 2005, 5627) , en un caso de camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus empleados, ausentándose de ella para cometer un delito de robo, violación y homicidio, argumentando que si bien es cierto que no se*

Dicho Magistrado detalla los requisitos exigidos por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo los siguientes:

a) Requisitos para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP.

- ***Entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica*** *o de hecho o por cualquier otro vinculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario;*
- *Que* ***el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad****, cometido a tener confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.*

Así viene a fundamentar que este tipo de responsabilidad se fundamenta en la teoría del riesgo conforme al *principio quisentirecommodum, debetsentireincomodum"* como se ha determinado en las *Sentencias 525/2005 de 27.4 [RJ 2005, 5695] ; 948/2005 de 19.7 [RJ 2005, 6540]* , de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

Desde un plano negativo, la responsabilidad civil subsidiaria no procedería en el caso de que el ilícito penal esté desconectado del ámbito de la actividad o servicio empresarial, como así lo ha expuesto la *STS 1957/2002 de 26.11 [RJ 2003, 170]*

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2000[3] vuelve a incidir a la objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito basando su fundamento en el principio "cuiuscommodaeiusincommoda", que es la atribución de responsabilidad civil por el mero hecho de ejercer ciertas actividades como anteriormente hemos reseñado. Dicha Sentencia viene a

encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar se derivan de su relación con la empresa.

[3] STS 22/09/2000 RJ 2000/8070.

determinar que estamos ante una cuestión de carácter civil, por mucho que estemos ante la aplicación penal de normas.

Así, la doctrina y jurisprudencia, en una primera etapa, encontraron el fundamento de esta responsabilidad, afirmando que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, debe conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa «in operando» del servidor o dependiente se sumaba la culpa «in eligendo» o «in vigilando» del principal. Lo que ha dado lugar a la imputación de responsabilidad civil subsidiaria por culpa in operando, *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

En una segunda etapa, se ha determinado un principio de objetivación de esta responsabilidad, donde la culpa se presume *«iuris et de iure»*, encontrándose su funamentación jurídica en el principio *«cuiuscommodaeiusincommoda»: si el servicio se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo*[43].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009[5] ha venido a detallar más escrupulosamente unas notas definitorias para la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria derivada de la comisión de un hecho delictivo, poniendo en tela de juicio el principio *cuiusconmoda, eius incomoda*:

– *La responsabilidad civil subsidiaria del criminalmente responsable exige, cuando se trata de empresas de la que aquél es dependiente, que* ***la acción criminal se desenvuelva dentro del ámbito funcional de la relación entre ambos****. /…/debemos recordar cómo, en efecto, la Jurisprudencia de este Tribunal ha mantenido una línea de* ***expansión del ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por razón de los hechos del dependiente.***

b) Requisitos jurisprudenciales[6]:

[5] STS 23/03/2009 RJ 2009/3061.
[6] Marcados por la STS de 23 de junio de 2005 RJ 2005/5627.

- *Que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por el haya contado con su anuencia o conformidad; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación o dicho de otro modo: que el responsable penal se encuentre respecto de su principal responsable civil subsidiario bajo "...una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma*[7]
- El fundamento de esa responsabilidad no se encuentra encuadrado en la *culpa in eligendo o in vigilando, sino en el principio cuiusconmoda, eius incomoda, a veces confundido con el de responsabilidad por riesgo, que también se esgrime a estos efectos.*
- *Se exige que el hecho fundamento de la condena penal venga constituido por actividades "...relacionadas de algún modo con la actividad punible*[8] *o que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación.*

Así mismo, ha existido responsabilidad civil subsidiaria en otros supuestos como *cuando aquél a quien se le exige no ha obtenido ningún beneficio por la actuación penalmente castigada. O incluso se ha llegado a exigir la responsabilidad "...aunque la actividad desarrollada por el autor del delito suponga un ejercicio anormal de sus funciones*[9]*". También se ha declarado tal responsabilidad sin exigir que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto ni, menos aún, que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo ser de carácter*

[7] Doctrina reiterada en Sentencia núm. 1226/2006, de 15 diciembre (RJ 2007, 429)
[8] STS núm. 47/2006 de 26 de enero (RJ 2006, 614).
[9] STS 627/2007 de 4 de junio (RJ 2007, 3890) , (y en las allí citadas de 23 de junio de 2005 [RJ 2005, 5627] y 14 de julio de 2000 [RJ 2000, 6583]).

gratuito; y se admite que es irrelevante el que tal relación sea más o menos estable, pues basta incluso la meramente transitoria u ocasional"[10].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002[11] da una interpretación histórica al art. 120.4 del vigente Código Penal en relación con el antiguo artículo 22 del Código Penal, en los que se determina que los elementos de la responsabilidad civil subsidiaria están constituidos por la existencia de una relación entre el autor de la infracción penal y la persona natural o jurídica dependiente y que la actuación delictiva tenga lugar en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Dicha Sentencia hace un análisis de la evolución de la jurisprudencia en relación a la objetivación de este tipo de responsabilidades[12], en el que se sigue manteniendo la línea jurisprudencial de objetivación de responsabilidades.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA

La responsabilidad civil del asegurador ante la comisión de un hecho delictivo lo encontramos regulado en el art. 117 del Código Penal, dicho precepto estipula que: *Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite*

---

[10] Sentencias 47/2006 de 26 de enero (RJ 2006, 614) y las en ella citadas de 16-5-88 (RJ 1988, 3663), 15-11-89 (RJ 1989, 8638) y 16-9-92 (RJ 1992, 7159).

[11] STS 01/07/2002

[12] *En relación con este elemento se refería a la progresividad y generosidad que demandan las realidades sociales del momento y de la acogedora interpretación del precepto (artículo 22 mencionado), con* ***ponderado objetivismo****, destacando la evolución de la jurisprudencia en relación con la acentuación de este* ***carácter objetivo de la responsabilidad subsidiaria****, con atenuación de los viejos principios de la culpa «in eligendo» o «in vigilando», y fortalecimiento, por el contrario, de las ideas del gravamen que sufren quienes por la actuación de determinadas personas soportan daños materiales o morales, estableciendo como fundamento la teoría del riesgo mencionada (SSTS de 17-7-1995 [RJ 1995, 5606] y las mencionadas en la misma)****. Vigente el artículo 120.4 CP/1995 la Jurisprudencia sigue la línea mencionada****. Así, la STS número 1480/2000, de 22-9 (RJ 2000, 8070) , insiste en la* ***configuración más objetiva*** *del fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria, refiriéndose también a la concepción de la creación del riesgo, «que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad... con el fin de evitar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables». La Sentencia número 1987/2000, de 14-7 (RJ 2000, 7511) , admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.*

de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

La STS 23/03/2009, anteriormente comentada, analiza también el supuesto de responsabilidad civil directa del asegurador ante la comisión de un hecho delictivo, ante la existencia de una póliza de responsabilidad civil de la industria o comerciante. Dicha Sentencia viene a narrar la doctrina del Tribunal Supremo en tales supuestos, determinando que existe la acción directa por el perjudicado o sus herederos contra el asegurador y éste a su vez dispone de la acción de repetición contra el asegurado por su conducta dolosa, así viene recogido en el art. 76 LCS. Entiende el Alto Tribunal que la responsabilidad civil directa frente al perjudicado de los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, incluye expresamente los supuestos en que el evento que determine el riesgo asegurado sea un delito doloso o culposo, sin perjuicio de la facultad de los aseguradores de repetición contra el autor del hecho[13].

El art. 19 LCS viene a excluir que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe del asegurado, pero no se prohíbe en dicho precepto que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el supuesto de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta dolosa del asegurado -disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que le reconoce el art. 76 L.C.S ., o bien sea debido a un acto doloso o culposo de un empleado o dependiente del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art. 120. 4º C.P. de 1995), en cuyo caso dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el art. 117 del Código Penal de 1995[14].

La STS 01/07/2002 anteriormente analizada, también estudia la responsabilidad civil directa de la compañía de seguros partiendo como base de la asegurabilidad del dolo de los dependientes o colaboradores del asegurado, ya que incluso en el art. 19 LCS[15] no viene a delimitarlo, sino que alcanza al siniestro causado por mala fe del asegurado, pero no de aquellas personas distintas del asegurado por las que éste debe de

[13] Sentencias de 4 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10325) y 17 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9152), números 1574/2000 (RJ 2000, 9152), 225/2003 (RJ 2003, 2375), de 2 de Junio de 2005 (RJ 2005, 5047), entre otras).

[14] STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 5454) y Auto de 14 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 37726).

[15] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

responder, como pueden ser los dependientes, colaboradores o incluso apoderados y representantes voluntarios de las sociedades, ya que son conductas ajenas al asegurado[16]

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La responsabilidad civil subsidiaria a lo largo de la historia jurisprudencial ha venido acusando un marcado énfasis objetivista, aplicando criterios civiles a un hecho derivado de un ilícito penal, con el objeto de que tales conductas reprochadas penalmente queden impunes y así resarcir el daño producido a los perjudicados. Entendemos de que estamos ante un procedimiento penal, y el derecho sustantivo a aplicar es el derecho penal pero con escasas matizaciones civiles.

La responsabilidad civil subsidiaria actúa sobre las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, lo que determina una universalidad de sujetos a este tipo de responsabilidad, respondiendo civilmente y de forma subsidiaria los comerciantes o industriales (persona natural o jurídica) de los delitos cometidos por sus empleadores, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. A mi juicio, la jurisprudencia ha venido a ampliar el abanico de responsables, determinando cualquier tipo de persona vinculada al

---

[16] STS 01/07/2002 *Refuerza dicha interpretación el propio texto de la Ley, artículo 43.3, que no sería entendible si no se admite la asegurabilidad del dolo de las personas por las que se debe responder, cuando en su último inciso prevé que no tendrá efecto –se refiere a la no subrogación del asegurador contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado...–, «si la responsabilidad proviene de dolo». Por ello, atendiendo a la redacción del artículo 19, el dolo y la culpa de los dependientes son riesgos que el asegurador debe asumir, aun cuando se admita que dicha disposición es derogable por voluntad de las partes, pero constituyendo en este caso una cláusula limitativa de los derechos del asegurado debe atenerse a las prescripciones del artículo 3 LCS. La cláusula general de inasegurabilidad del dolo del asegurado (artículo 19 LCS) es aplicable aunque de los términos literales del artículo 73, primero de la sección correspondiente al seguro de responsabilidad civil, no se deduzca dicha prohibición, que está contenida en las Disposiciones Generales relativas al contrato de seguro. En síntesis, el artículo 19 excluye con carácter general la asegurabilidad del dolo del asegurado, aun cuando el artículo 73 no lo recoja expresamente, sin embargo el artículo 76 de la Ley Especial establece la acción directa del perjudicado contra el asegurador para exigirle el cumplimiento. de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del mismo a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero, es decir, la exclusión establecida con carácter general en el primero de los preceptos citados no es oponible por el asegurador al tercero perjudicado, lo cual no deja de ser una consecuencia al menos discutible teniendo en cuenta el tenor de la norma del mencionado artículo 19. La Jurisprudencia de esta Sala (entre otras, SSTS 4-12-1998 [RJ 1998, 10325] , 17-10-2000 [RJ 2000, 9152] o más recientemente 11-3-2002) han seguido esta línea interpretativa a propósito de la concurrencia del dolo del asegurado, declarando que el artículo 19 LCS lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos sea debido a la conducta dolosa del asegurado o bien a un acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para aquél. En el presente caso se trata de actos dolosos realizados por un dependiente a los que ni siquiera alcanza la prohibición del artículo 19, luego si hemos llegado a la conclusión de que el asegurado debe responder civilmente (artículo 120.4) por dichos actos ajenos de su dependiente la responsabilidad de la compañía no admite dudas en este primer punto.*

comerciante o industrial. Incluso se ha venido a atribuir como sujetos a los apoderados de una entidad mercantil, lo que ha de considerarse que el Alto Tribunal viene a determinar una amplitud de responsabilidad con el objeto de que no queden impunes tales actos.

SEGUNDA.- Siempre se tienen que dar como requisitos la existencia de un ámbito temporal, ámbito espacial, ámbito instrumental y un ámbito final. Tales requisitos han sido estudiados anteriormente, pero que en definitiva lo que se viene a decir por la jurisprudencia es que la conducta a sancionar penalmente tenga una relación con el cometido laboral.

TERCERA.- Actualmente estamos ante una responsabilidad civil puramente objetiva, basadas en el principio objetivista de *"cuiuscommodaeiusincommoda",* lo que determina la responsabilidad del comerciante o industrial por el mero hecho de tener tal condición, lo que consideramos una exagerada objetivación de este tipo de responsabilidad.

CUARTA.- Como requisito fundamental ha de existir una relación entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario, hallándose ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el infractor se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permamente o puramente circunstancial y esporádica de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función cuenten con el beneplácito, aquiesencia del supuesto responsable civil subsidiario. Entendemos que con este requisito se vuelve a ampliar el campo de posibles responsables civiles.

QUINTA.- El delito ha de estar enmarcado dentro del ejercicio normal o anormal de los fines de la actividad del comerciante o industrial.

SEXTA.- El principio que se ha tomado como base para esta responsabilidad es el denominado principio *"cuiuscommodaeiusincommoda",* lo que viene a determinar que quien se beneficia de actividades que de alguna forma pueden generar un riesgo para terceros debe de soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de terceros perjudicados.

SÉPTIMA.- La acción directa contra una entidad aseguradora, viene recogido en el art. 76 LCS, lo que ha de entenderse como acción directa civil contra una póliza de seguros por la vía jurisdiccional civil. Ello no excluye que exista responsabilidad civil

directa contra la compañía aseguradora en el ámbito penal por ilícitos penales cometidos por personas naturales o jurídicas de las que sean dependientes el infractor penal. Existe responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora en los supuestos que el riesgo asegurado sea un delito doloso o culposo. Así mismo, el art. 19 LCS habla del siniestro producido por mala fe del asegurado, pero no viene a prohibir que el asegurador tenga que responder frente a terceros perjudicados por conducta dolosa del asegurado, lo que viene a determinarse la asegurabilidad del dolo, aunque se admite la derogación de este tipo de asegurabilidad por voluntad de las partes, en el contrato de seguros, debiendo respetar en todo caso las prescripciones establecidas en el art. 3 LCS en cuanto a cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Entendemos que el asegurado es la industria o comercio y no los dependientes de ella que han cometido la infracción penal, lo que al no ser la industria/comercio la infractora penal sino su dependiente, éste no abarcaría el concepto de asegurado, no obstante habría que ver cada caso concreto con lo estipulado en la póliza de responsabilidad civil o patronal.

*** * * * * ***

Silvia Vivó Cabo
Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Mediación en el proceso penal. La labor del mediador~

Resumen.- La mediación penal en España es un sistema que está naciendo. La principal finalidad que persigue este método alternativo de justicia es la de alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un delito, que es la reparación del daño causado a la víctima, elevar los niveles de satisfacción de la misma, estimular al ofensor a pensar acerca de los efectos del delito que ha cometido, y reducir los niveles de reincidencia, en lugar del castigo del autor del hecho, como sucede en el vigente sistema de justicia penal. Vamos a analizar la propia figura del mediador como figura esencial para la regulación de la mediación, abogando siempre la protección de la víctima y la disminución de la delincuencia.

Palabras clave.- Mediación penal, conflicto, justicia restaurativa, víctima, delincuente.

I. INTRODUCCIÓN

Son diversas razones las que han conducido al estudio de la mediación penal con vistas a su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, la consideración de la víctima como protagonista del conflicto social que se genera con el delito y la conveniente implicación de la misma en la resolución de ese conflicto. En este sentido, la mediación "supone una forma de hacer participar a la víctima en la solución del conflicto frente al Derecho penal clásico y facilitar la reparación del daño en el marco de la llamada justicia restaurativa"[1]. Frente a la tradicional concepción del sistema procesal penal en el que un tercero ajeno al conflicto –órgano jurisdiccional- impone la solución que resulte de aplicar el Derecho penal al caso concreto, la justicia restaurativa trata de restituir el orden jurídico y social quebrado por el delito, y trata de hacerlo con la participación de quienes han sido sus protagonistas: víctima e infractor.

Doctrinalmente se ha definido la justicia restaurativa como "la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la

[1] FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones.

responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito"[2]

No obstante, debe advertirse que la justicia restaurativa no es un término equivalente al de mediación. La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia reparadora, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño. Sin embargo, la mediación no será la única vía para lograr esa justicia restaurativa.

El término "mediación penal" es empleado en la literatura española como equivalente al anglosajón "Victim Offender Mediation" (VOM) cuando se quiere hacer referencia a uno de los métodos de resolución de conflictos penales que acoge la denominada justicia restaurativa. La mediación penal, como método alternativo al proceso judicial, se concibe, así, como un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito y su agresor, intervenida por un mediador, que les permitirá expresar emociones, opiniones y versiones de los motivos y circunstancias en las que se cometió el mismo, el efecto causado y sufrido por la víctima, y en el que ambas partes podrán decidir, de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado.

La principal finalidad que persigue este método alternativo de justicia es la de alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un delito, que, según los defensores de este proceso, es la reparación del daño causado a la víctima, en lugar del castigo del autor de los hechos, como sucede en el vigente sistema de justicia penal. Al focalizar la atención en la reparación a la víctima por el daño sufrido, y no en la condena del autor del acto delictivo, la mediación penal otorga una participación activa tanto a la víctima como al autor del hecho. En relación con la víctima, dicha participación activa se garantiza no sólo en el devenir del proceso, sino en la toma de decisiones en cuanto al tipo de prestación/reparación/resarcimiento que deba realizar su agresor. Al mismo tiempo, se otorga al infractor la posibilidad de mostrar su arrepentimiento por el acto cometido, comprender el daño causado y, como elemento esencial, realizar los actos pertinentes y dirigidos a la reparación del mismo,

[2] RÍOS MARTÍN, J.C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, p. 3. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones.

en lugar de permanecer en silencio y aceptar la imposición de un castigo que no tiene, necesariamente, finalidad reparadora a la víctima.

Por otro lado, el responsable del proceso de mediación es el mediador que no debe dejar nunca que las partes lleven el control del proceso puesto que entonces, éste está destinado al fracaso. La función del mediador es sentar a las partes a la mesa de la negociación, entendida ésta como la fase previa a la asunción de los acuerdos; así como ayudar a las partes a conseguir un punto de encuentro o conexión, de tal forma que puedan llegar a la resolución del conflicto de forma positiva y aceptada por ambos.

II. LA INSERCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

En este apartado analizaré en primer lugar, los supuestos en que la mediación puede ser previa al proceso penal pudiendo en su caso evitar la iniciación del mismo y, en segundo lugar, el supuesto en que el proceso penal quedará en suspenso para que pueda desarrollarse el procedimiento mediador, así como los efectos que éste último producirá en ese proceso.

1. Supuestos en que la mediación puede ser previa al proceso penal pudiendo, en su caso, evitar la iniciación del mismo.

La actuación del Derecho Penal sólo puede efectuarse por los órganos de la Jurisdicción y por medio del proceso, a diferencia del Derecho Privado en el que los particulares pueden solucionar los conflictos de Derecho Privado que puedan tener con otros sujetos sin necesidad de solicitar la actuación de los órganos jurisdiccionales ni acudir necesariamente al proceso, a saber, pueden solucionar el litigo por ellos mismos o solicitar la intervención de terceros con funciones no jurisdiccionales (arbitraje, mediación, conciliación).

De manera que en el ámbito del Derecho Penal, el proceso penal aparece como instrumento necesario para la actuación del Derecho Penal. Además, la iniciación de este proceso no siempre depende de la voluntad de las personas interesadas en la aplicación del Derecho Penal, sino que la ley impone a un órgano del Estado (el Ministerio Fiscal) el deber de iniciar el proceso penal ante la existencia de unos hechos que revistan caracteres de delito. La actuación del Derecho penal por la Jurisdicción está informada, salvo alguna excepción, por el principio de legalidad. En el proceso penal está presente el interés público en la persecución de unos hechos que revisten caracteres

de delito y en la imposición de la consecuencia jurídica que se vincula a la comisión de esos hechos (la pena).

El *ius puniendi* que debe actuarse en el proceso penal es de titularidad estatal y los particulares, en tanto no son titulares de aquel derecho no pueden disponer del mismo. De otro lado, el proceso penal (o la relación jurídica procesal penal) tampoco es disponible por los particulares, pues, salvo excepciones, la iniciación de ese proceso y la continuación del mismo no depende de la voluntad de las personas interesadas en la actuación del Derecho penal. En virtud del principio de legalidad, el Ministerio Fiscal tiene el deber de formular la acusación penal y de mantenerla cuando considere que se han producido unos hechos delictivos, y ello excluye la disponibilidad del proceso penal por las partes acusadoras.

No obstante lo anterior, en ciertos supuestos la iniciación del proceso penal va a depender de la voluntad de las personas ofendidas por el delito y posibles interesadas en la actuación del derecho penal. En efecto, la persecución de los delitos denominados privados depende de la presentación de querella por la persona ofendida por el delito (acusador privado), no siendo parte en esos procesos el Ministerio Fiscal. No hay problema en admitir que en este tipo de delitos se atribuye a los sujetos pasivos del delito (a los ofendidos) un poder de disposición sobre el proceso penal que se explica por la entidad o naturaleza de los hechos delictivos. Además, en este tipo de delitos, el perdón del ofendido extinguiría la acción penal, la pena impuesta o la que estuviera en ejecución, lo cual corrobora la idea de que el ofendido por el delito dispone del propio proceso penal.

De otro lado, en los delitos denominados semiprivados es precisa la denuncia de la persona ofendida para que pueda comenzar el proceso penal, constituyéndose posteriormente el Fiscal como parte acusadora, y continuando éste con el proceso penal si considera que concurren los presupuestos necesarios (hechos constitutivos de delito y persona a la que se pueda atribuir), ello a pesar de que la persona ofendida por el delito no se haya constituido como parte acusadora o a pesar de que constituida, decida apartarse del proceso. Nos encontramos, por tanto, ante otra manifestación de disponibilidad del proceso penal pues ciertamente la iniciación de éste va a depender de una decisión de la víctima del delito.

Con todo, la atribución a la víctima del delito de un poder de disposición sobre el proceso penal tendría una diferente justificación en cada uno de los delitos (calumnia e injuria, contra la libertad sexual, daños).

Pues bien, la disponibilidad del proceso penal por la víctima del delito y la posibilidad de excluirlo mediante el perdón del ofendido justificarían la mediación como alternativa al proceso y como medio adecuado para la solución del litigio. De un lado, porque, la persecución de estos delitos no estaría sujeta al principio de legalidad y dependerá de la decisión de la víctima. De otro, por la constatación de que en muchos casos la compensación que persigue la víctima con la iniciación del proceso penal no es primordialmente la sanción penal. Cuando los ciudadanos denuncian un delito tienen un conjunto de problemas donde el aspecto penal es el de menor importancia (desavenencias conyugales, problemas entre vecinos, problemas relacionados con la enfermedad mental o trastornos de conducta). La víctima que solicita la iniciación de ese tipo de procesos podría obtener una reparación más satisfactoria con la adopción de ciertas medidas (compensación económica, reconocimiento de los hechos por el autor y presentación de disculpas, sometimiento a programas de deshabituación –alcoholismo, toxicomanías-), que con la imposición de una pena al acusado.

Especiales consideraciones se deben hacer en aquellos supuestos en los que se atribuye al Ministerio Fiscal la posibilidad de formular denuncia para la persecución de determinados delitos. Según el artículo 191.1 del Código Penal "*Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal*". En estos supuestos la posibilidad de formular querella o denuncia por el Fiscal no quedaría estrictamente sujeta a la concurrencia de los presupuestos de la acción penal (comisión de unos hechos aparentemente constitutivos de esos delitos), sino que el Fiscal deberá provocar la iniciación del proceso "ponderando los legítimos intereses en presencia". Se entiende que en tales casos el Fiscal debe tener en cuenta la situación del ofendido y la posible incidencia negativa sobre su persona de la iniciación del proceso penal. Se trataría de que el Fiscal valorara la conveniencia de iniciar el proceso penal del mismo modo que debería valorarlo la persona ofendida. Puede hablarse entonces de un poder de

disposición del Ministerio Fiscal, pero deberá ejercer no con arreglo a cualesquiera criterios sino en atención a las razones que justifican atribuir en estos delitos ese poder de disposición.

Desde el punto de vista de la mediación, habida cuenta que la querella por delitos privados debe ir acompañada de la certificación de haber intentado el acto de conciliación, no tendría sentido que tras la admisión de la querella volviera a intentarse una mediación o que el juez debiera posibilitarla, pues es claro que el intento de solución extrajudicial ya se ha agotado. No obstante, sí es perfectamente posible que, presentada la querella junto con el certificado de haber intentado el acto de conciliación, el tribunal la rechace, sea *ab initio* sea tras la práctica de alguna diligencia, si de entrada es posible apreciar la falta de relevancia penal de los hechos y el trasfondo puramente económico o de otra índole del conflicto, quedando a salvo el derecho de las partes de acudir a la vía civil para reclamar lo que corresponda.

Por su parte, en los casos en que el proceso debe comenzar previa denuncia de la persona ofendida, sería posible comunicar al denunciante y denunciado la posibilidad de la mediación y los efectos que la misma puede suponer en el proceso. Y estando también ante delitos cuya persecución depende del ofendido, podría posibilitarse el acceso a la mediación antes de que comenzara el proceso penal, así p. ej., cuando fuera la propia autoridad policial la que efectuara dicha información a la víctima en el momento de denunciar los hechos, y siempre que la autoridad policial apreciara la concurrencia de los presupuestos legales para acceder a la mediación.

2. La mediación como procedimiento vinculado a un proceso penal. Consecuencias del procedimiento mediador –acabe o no con acuerdo- en el proceso penal suspendido.

A diferencia de los supuestos analizados en el anterior apartado, en los que el éxito del procedimiento mediador puede evitar la iniciación del proceso penal, se va a examinar los supuestos en los que se acude a la mediación después de haberse iniciado un proceso penal. Se trata de esbozar el modo en que debería regular la ley procesal los presupuestos que permiten suspender el proceso penal para que pueda desarrollarse la mediación, así como los efectos de ésta –tanto si hay acuerdo como si no- en el proceso.

a) Presupuestos para que el órgano director de la investigación pueda acordar la suspensión del proceso penal para la realización de un procedimiento mediador.

1) Presupuestos objetivos.

Es necesario que la ley procesal establezca el ámbito objetivo adecuado para posibilitar la mediación, sea en el sentido de acotarla a determinadas infracciones, sea en el sentido de permitirla para cualquier tipo de conductas previstas en el código penal. La doble técnica legislativa a la que podría acudirse para regular este aspecto es la siguiente: o bien la fijación de unos presupuestos legales cuya concurrencia permitirá sin más derivar el proceso a mediación, o bien el establecimiento de una cláusula general que permita al órgano director de la investigación derivar el asunto a mediación cualquiera que sea el tipo delictivo, cláusula que precisará para su concreción de unos parámetros fijados también por la ley[3]. Podría también acudirse a una combinación de estas dos técnicas, esto es, que se establezcan unos presupuestos legales cuya concurrencia determine necesariamente la posibilidad de acudir a la mediación y que se contemple esa técnica con una cláusula que permita al órgano competente valorar la posibilidad de acudir a la mediación en otros supuestos no subsumibles en los presupuestos legales pero que, a juicio de ese órgano, también puedan presentar condiciones adecuadas para someterse a mediación.

En cualquier caso, deberá ser la doctrina penalista la que se encargue de estudiar qué delitos deben ser o no sometidos a mediación teniendo en cuenta si las características de los mismos son o no apropiados para ser objeto de este tipo de procedimiento mediador.

2) Presupuestos subjetivos.

Para que el tribunal pueda decretar la suspensión del proceso penal con fines a que se desarrolle un procedimiento mediador, será preciso que estén identificados los protagonistas del conflicto, víctima e infractor, que pasarán a ser, en caso de que así lo acepten voluntariamente, las partes en el procedimiento mediador.

[3] Apuntan FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones. "En principio ningún delito debe quedar descartado de la mediación, salvo aquéllos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad".

Respecto a la víctima, se ha afirmado que la mediación resultará adecuada en aquellos delitos en los que se cuente con una o varias personas que están identificadas y respecto de las cuales es posible individualizar el daño material y moral producido por el delito. De manera que si la víctima del delito no está individualizada (como por ej. cuando el perjudicado u ofendido es la colectividad en general), el procedimiento mediador no tendrá sentido, pues es necesario esa individualización al ser la víctima la que deba participar en ese procedimiento, dialogar, y en su caso, ser receptora de la reparación que entraña la mediación.

En relación al infractor, la cuestión que se plantea es determinar el momento a partir del cual cabe entender que tiene la condición de parte en el proceso penal y puede consecuentemente ser parte en el procedimiento mediador. Es decir, si es necesario que el posible autor haya declarado en calidad de investigado o si debe posibilitarse la mediación antes de declarar en esa calidad. La respuesta dependerá del modo en que comience el proceso penal y de la necesaria identificación del posible responsable. Así, si el proceso penal se inicia mediante denuncia o querella donde se identifica plenamente al denunciado o querellado, la admisión de éstas ya supondrá poner en conocimiento del denunciado o querellado la existencia de unos hechos que se le imputan. Y aquí sí concurren ya los presupuestos legales para posibilitar la mediación, en consecuencia, el juez podría informar tanto a la víctima como al infractor de la posibilidad de mediación y de suspensión del proceso. Por tanto, al darle traslado al denunciado o querellado de la admisión a trámite de la denuncia o querella ya se le podría informar de la posibilidad de someterse a un procedimiento mediador, pudiendo comenzar la mediación antes de que el juez recibiera declaración al denunciado o querellado en calidad de investigado.

Ahora bien, la cuestión que se plantea es si cuando la *noticia criminis* haya llegado a la autoridad judicial precedida de unas actuaciones realizadas por la policía o por el Ministerio Fiscal, cabría derivar la mediación antes de que el sospechoso haya declarado en calidad de investigado. Pues bien, si la mediación es un procedimiento incidental o vinculado al proceso penal –distinto de los supuestos en que la mediación será previa y alternativa al proceso- será preciso que el juez instructor haya dado comienzo a ese proceso penal para que pueda acordarse la suspensión del mismo y pueda comenzar el procedimiento mediador. Es decir, las actuaciones previas practicadas por la policía o por el Ministerio Fiscal no serían suficientes para derivar a

mediación; sería precisa la incoación del proceso penal que corresponda para dentro de él decidir su suspensión y permitir la mediación.

Finalmente, si el procedimiento mediador finaliza sin acuerdo y es preciso reanudar el proceso penal, no cabe descartar la posibilidad que el juez practique una nueva declaración al investigado –con independencia de que antes de la mediación ya hubiera declarado-, debiendo tener en cuenta en esta nueva declaración la imposibilidad por parte del investigado de revelar datos que haya conocido en el procedimiento mediador.

3) Requisitos de actividad

Concurriendo los presupuestos objetivo y subjetivo podrá acordarse la suspensión del proceso penal para que puedan iniciarse las sesiones del procedimiento mediador, correspondiendo al juez instructor acordar dicha suspensión mediante el dictado de una resolución que deberá revestir la forma de auto, expresándose en la misma la concurrencia de los presupuestos legales para derivar la mediación y el plazo de suspensión, sin perjuicio de sus posibles prórrogas[4]. Dicho auto deberá identificar los sujetos interesados en el proceso penal y entre los que se va a desarrollar la mediación, así como el hecho justiciable que constituirá objeto de la mediación. Esta última especificación resultará importante a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, es decir, para evitar la iniciación simultánea o posterior de otro proceso en el que concurran las identidades subjetivas y objetivas con el proceso suspendido por mediación. Además, podrá también especificar que la suspensión del proceso penal alcanza también a la acción civil en tanto la misma va a ser objeto de mediación, salvo renuncia o reserva expresa de la misma.

b) Finalización del procedimiento mediador con acuerdo. Efectos de su incorporación al proceso penal.

Finalizado el procedimiento mediador es posible que se haya alcanzado el acuerdo reparador o que aquel finalice sin acuerdo. En el primer caso, habrá que determinar los

[4] FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones, apuntan que el plazo puede ser de sesenta días por aplicación del art. 19 LEC y también la posibilidad de solicitar una prórroga "acreditando mediante certificación el mediador que continua la mediación. El intento de mediación y el tiempo que dure no se computarán a efectos de caducidad o prescripción de la acción".

efectos del acuerdo reparador en el proceso penal que había quedado en suspenso. En el segundo caso, habrá que reanudar el proceso penal en el punto en el que se quedó y sin que en ningún momento pueda el Tribunal tener conocimiento de lo ocurrido en el procedimiento mediador. Más concretamente, en el primer caso, deberá incorporarse al proceso el acta del acuerdo reparador redactado por el mediador y firmado por las partes, mientras que en el segundo será preciso presentar al tribunal un acta en la que se manifieste que el procedimiento mediador se ha seguido pera ha finalizado sin acuerdo, sin especificar las razones o motivos de tal situación.

Los efectos que puede producir la incoirporación al proceso penal del acuerdo reparador son los siguientes: a) petición de sobreseimiento por causa de oportunidad; b) Petición de apertura de juicio oral y efectos materiales –no procesales- del acuerdo mediador (en la calificación jurídica o en la sentencia); c) La hipótesis de que se dicte una resolución judicial que "homologue" el acuerdo reparador; d) La hipótesis de que las medidas reparadoras objeto del acuerdo sean impuestas por el tribunal en sentencia; e) La posibilidad de que el acuerdo reparador motive la finalización del proceso con sentencia de conformidad.

c) Finalización del procedimiento mediador sin acuerdo. Continuación del proceso penal que quedó en suspenso.

En este caso deberá reanudarse el proceso penal que había quedado en suspenso por motivo de la mediación. Ahora bien, las actuaciones e informaciones que fueron objeto del procedimiento mediador no pueden ser aprovechadas en el proceso penal. Es unánime la afirmación de la necesidad de proclamar el carácter confidencial del procedimiento mediador y la imposibilidad de que acceda al proceso la documentación que hubiera podido existir en ese procedimiento así como la declaración en calidad de testigos o peritos de las personas que hayan intervenido en él.

Deberá tener plena vigencia en el proceso penal que continúa, el principio de contradicción de ambas partes procesales, si bien ninguna de ellas –salvo consentimiento de la contraria- podrá formular como alegación aquello de lo que tuvo conocimiento en virtud del procedimiento mediador. Igualmente, el principio de igualdad de armas procesales y deberá reconocerse a ambas partes iguales posibilidades de alegación y defensa en el proceso.

Respecto al principio de investigación oficial, el juez no podrá exigir información contenida en el procedimiento mediador, y se ha apuntado también que dicha imposibilidad encontraría un serio obstáculo en las normas que permiten la práctica de diligencias limitativas de derechos fundamentales siempre que la práctica de las mismas respeten las garantías exigidas por la ley.

Y finalmente, respecto al derecho a la presunción de inocencia del investigado no se verá afectado por la continuación de un proceso penal tras el fracaso de un procedimiento mediador, en ningún caso es de por sí atentatorio del derecho a la presunción de inocencia. Dependerá del modo en que quede regulada por la ley esa continuación del proceso penal y de las circunstancias que motivaron la apertura del procedimiento mediador. Y así, la continuación de un proceso penal tras el fracaso de una mediación exigirá la práctica de una mínima actividad investigadora o probatoria en función de la fase procedimental en la que nos encontremos.

III. LA LABOR DEL MEDIADOR

1. Concepto y características del mediador

El mediador debe ser una persona con habilidades adecuadas para ayudar a las partes implicadas en un conflicto, a resolverlo de forma adecuada y válida para ellas. El mediador deberá clarificar las posiciones de cada parte, es muy importante llegar a lo que realmente quieren aquellos que están enzarzados en un conflicto. No siempre lo que se dice que se quiere es, lo que realmente se espera. Ahí justo, es donde debe llegar el mediador, y determinar las necesidades de las partes. Todo ello a través del diálogo y la escucha activa.

De modo que la función del mediador es sentar a las partes a la mesa de la negociación, entendida ésta como la fase previa a la asunción de los acuerdos; así como, ayudar a las partes a encontrar un punto de encuentro o conexión, de tal forma que puedan llegar a la resolución del conflicto de forma positiva y aceptada por ambas.

El mediador debe poner el punto de realidad, es decir, debe ser capaz de ayudar a encontrar soluciones factibles y realizables. Todo esto deberá hacerlo sin imponer su decisión, deberá ayudar a las partes a que ellas mismas vean que el acuerdo propuesto no cumple con la legalidad vigente, o que en la práctica no podrá ser desarrollado, o incluso que el esfuerzo que conlleva los hará desistir.

El mediador es responsable del proceso de mediación, no debe dejar nunca que las partes lleven el control del proceso puesto que entonces, éste está destinado al fracaso. El proceso de mediación debe ser constructivo, positivo y legítimo. De esta forma ayudará a las partes a resolver la disputa inicial. La base del proceso de mediación se basa en el respeto del otro y la responsabilización en el conflicto y, en la solución de éste. Si el mediador valora que alguno de éstos es vulnerado deberá finalizar dicho proceso.

Es importante que el mediador sea consciente que no estará siempre con las partes por lo que ayudará a éstas a elaborar un acuerdo, que les permita no sólo resolver la disputa que les ha llevado a la denuncia de los hechos, sino que además haya podido sembrar la semilla que les permita, ante un nuevo conflicto ser capaces de resolverlos por sí mismos.

El mediador es un catalizador, pues propone un diálogo constructivo, fomenta la escucha activa, guía a las partes, frena la escalada del conflicto y moviliza a las partes en caso de estancamiento, sin olvidar que el poder del acuerdo reside siempre en las partes.

Las características propias del mediador son:

a) ***Debe ser neutral:*** la cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia. No debe tomar partido por ninguna de las partes, de esta forma podrá realmente ayudarlas en la resolución de su disputa.

b) No debe imponer sus ideas, ni pensamientos ni creencias. Deberá ser respetuoso con las partes y sus ideas, pensamientos o creencias, aunque sean diferentes o contrarias a las suyas propias.

c) Debe ser promotor del diálogo entre las partes.

d) Debe ser ágil y resolutivo: las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas. Esto es lo que ayudará a las partes a resolver su conflicto.

e) Paciencia: es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes. Y que sepa gestionar los silencios, muy importantes dentro del proceso de mediación.

f) Debe empatizar: el mediador debe ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.

g) Debe legitimar a las partes entre ellas y, cada una por separado. De esta forma éstas estarán equilibradas para poder trabajar desde el proceso de mediación.

h) Debe ser imaginativo y ágil en recursos: es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas. Que tenga capacidad para adaptarse a las partes, nunca serán las partes las que deban adaptarse al mediador.

i) Energético y persuasivo: a través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

j) Capacidad para tomar distancia en los ataques: si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa y, además, habremos perdido la neutralidad.

k) Debe ser objetivo: el mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa. Si antes he dicho que el poder del acuerdo está en las partes, ahora se puede decir que el conflicto es de las partes, no del mediador.

l) Debe ser digno de confianza para guardar confidencias: debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.

ll) Debe ser perseverante: cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y ansiedad que esto provoca.

2. Requisitos para el ejercicio de la mediación

Para el ejercicio de la labor mediadora se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Poseer titulación de diplomatura o licenciatura universitaria que le dote de conocimientos generales sobre el asunto sometido a mediación.

b) Estar en posesión del Título que justifique la formación en el campo de la mediación expedida por una Universidad Pública, con una duración mínima de 250 horas lectivas.

c) Acreditar más de 1 año de ejercicio en el ámbito de la mediación.

d) Estar inscrito a una entidad con o sin ánimo de lucro en su condición de mediador (opcional).

3. Facultades de la persona mediadora

a) A paralizar la mediación en todos aquellos casos que puedan suponer un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.

b) A no comenzar el proceso cuando entienda que no va a ser beneficioso en ningún caso para ninguna de las partes.

c) A actuar bajo el principio de flexibilidad de las estructuras.

d) Tener en su poder copia de los autos del proceso, a través de un Oficio judicial, en caso que ésta sea derivada por el Juzgado.

e) A contactar con el acusado y la víctima cuantas veces estime necesario, así como de sus abogados, si así sea pertinente.

f) A mantener las entrevistas que estime oportunas con las partes, una vez hayan dado su conformidad para participar en la mediación.

g) A establecer la duración de las sesiones.

h) A llevar a cabo su labor en un espacio físico habilitado por la Administración de Justicia, para dotar de oficialidad al proceso (esto sería lo ideal, pero también puede ser opcional).

4. Obligaciones y prohibiciones de la persona mediadora

Obligaciones:

a) Guardar la confidencialidad de los asuntos, con sometimiento a la Ley de Protección de Datos.

b) Actuar bajo los principios de imparcilidad, neutralidad y objetividad.

c) Comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar en la mediación voluntariamente.

d) Llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial.

e) No entrevistarse con menores o incapacitados sin sus representantes legales.

f) No recibir remuneración alguna de ninguna de las partes.

g) Deber de promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes.

h) Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes para lograr los acuerdos de manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.

i) Finalizar el proceso de mediación dentro del plazo de tres meses desde la firma del consentimiento informado, salvo autorización expresa del Juez ampliando dicho plazo.

j) Presentar, una vez haya finalizado la mediación, un informe junto con el acta de reparación al Juzgado.

k) Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenecen.

Prohibiciones:

a) Intervenir profesionalmente como abogado en la causa en que se esté mediando.

b) Obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.

5. Principios en los que el mediador debe basar su práctica

a) Buena fe: el mediador no debe ocultar información que tenga sobre las partes, o bien utilizarla a favor o en contra de algunas de ellas. El mediador debe dirigir pero, en ningún caso, manipular el procedimiento para obtener un determinado resultado.

b) Debe promover la participación activa: el mediador debe promover que las partes se activen y, por tanto, estén predispuestos a llevar a cabo una mediación y por lo tanto para ser mediadas, es decir, aportar los datos que faciliten el dar alternativas para la solución de su conflicto.

c) Debe legitimar a las partes: es la capacidad del mediador de reconocer la realidad de los mediados y respetarla tal cual, haciendo a un lado su opinión y realidad personal respecto al conflicto, es decir, mantenerse al margen del problema que se está tratando.

d) Tomar decisiones en consenso: el mediador debe velar por que el acuerdo sea fruto de la decisión de ambas partes, aunque no inmiscuirse ni influir en los acuerdos.

e) La paz: el mediador no debe de traer más conflicto de los que las partes traen al proceso, es decir, solamente recoger los datos concernientes al tema a tratar, no indagar en el pasado, solo lo que sea necesario prescindiendo de todo aquello que no aporte nada a la solución del conflicto.

f) La neutralidad: se debe partir desde la creencia que todas las partes tienen intereses igualmente válidos, por lo que la solución del problema debe satisfacer el mayor número de necesidades de cada parte.

g) Carácter personalísimo: en conflictos familiares no se puede delegar en una representante para que acuda en su nombre al proceso de mediación.

h) Debe garantizar la voluntariedad: libertad de acudir a participar en una mediación sin coacciones. De manera que nadie puede ser obligado, desde una instancia judicial o administrativa, a someterse a esta forma de resolución de conflicto y de igual modo, cualquiera de las partes, después de iniciado el proceso, puede libremente decidir dejar de participar en él, sin expresión de causa.

i) Debe ser garante del equilibrio de poder entre las partes: el mediador deberá cerciorarse durante el transcurso del proceso que ninguna de las partes se encuentre presionada por la otra bajo amenaza abierta o velada de sufrir un perjuicio ilegítimo en su persona o bienes. Será obligación del profesional constatar si ambas partes cuentan con la información suficiente para tomar decisiones, como con la capacidad física e intelectual para comprender el proceso y las consecuencias del mismo. El mediador suspenderá la mediación cuando considere que una de las partes requiere el amparo judicial u otro tipo de intervención, por no tener la capacidad para representar o proteger sus derechos.

j) Confidencialidad: se refiere al espacio de privacidad que el proceso de mediación genera, el cual constituye uno de los pilares fundamentales para la construcción de la confianza que permite un diálogo abierto y una actitud hacia la colaboración. El profesional deberá guardar reserva de todo lo visto y escuchado en el proceso de mediación, siendo su responsabilidad custodiar adecuadamente los registros personales de los casos en los que interviene para evitar su publicidad.

BIBLIOGRAFÍA

FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones.

RÍOS MARTÍN, J.C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones..

GORDILLO SANTANA, Luis F, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid: Iustel, 2007.

DE DIEGO, R./GUILLÉN, C, Mediación: Proceso, tácticas y técnicas. Madrid, Ed. Pirámide, 2010.

MUNDUATE, L, /MEDINA, F.J, Gestión del conflicto, negociación y mediación. Madrid, Ed. Pirámide, 2006.

* * * * * *

3. Prólogos y recensiones

Prólogo de la obra KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos[1], Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016

~Prof. Dr. h.c. Alfredo Etcheberry Orthusteguy~

Prof. Emérito de la Universidad de Chile.

El principio "no hay pena sin culpa" ha sido considerado por la doctrina tradicional, más allá de las discrepancias sistemáticas, como uno de los puntos cardinales que orientan el derecho penal moderno, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como un ser libre, aun con todas las limitaciones fácticas que esta libertad pueda experimentar. El progreso del derecho penal y de la ciencia penal se caracteriza por un cambio paulatino que parte de una responsabilidad penal fundada puramente en la atribución objetiva, causal, de un resultado, y a través de una larga y lenta evolución secular va a encontrar su indispensable fundamento en la ley penal expresa: primeramente, con sus exigencias de tipicidad y de antijuridicidad, y luego se plasma en definitiva en la exigencia de que el hecho delictivo sea el resultado de una determinación anímica del sujeto actuante, que, en las particulares circunstancias en que obró, habría podido hacerlo de modo diferente y conforme al derecho.

El notable trabajo del profesor Carlos KÜNSEMÜLLER que el lector tiene en sus manos constituye un examen riguroso del principio en cuestión, tanto en su significado intrínseco, como en el estado en que se encuentra su consagración en los diferentes derechos nacionales en la actualidad, como de la vigorosa polémica que somete hoy a revisión el concepto mismo de culpabilidad y la función que esta desempeña como fundamento y medida de la pena.

El examen que realiza el profesor KÜNSEMÜLLER va más allá de la dogmática penal: pasa revista al concepto de "libertad" humana tal como aparece afirmado y reconocido en los principales instrumentos internacionales que definen y proclaman solemnemente los derechos humanos tal como el mundo de hoy los concibe, y se extiende por otra hasta las consecuencias procesales de la más alta importancia como la

[1] El Excmo. Sr. D. Carlos G. Künsemüller Loebenfelder es Ministro de la Corte Suprema de Chile y Prof. Titular de Derecho Penal (Catedrático) de la Universidad de Chile, así como socio FICP y miembro del Consejo Internacional Científico y de Redaccióon de Libertas.

llamada "presunción de inocencia" o "principio de inocencia" y la aparentemente contradictoria "presunción de voluntariedad" consagrada en el artículo 1e de nuestro Código Penal (pero ciertamente no original del mismo, sino derivado de su ancestro español, hijo del pleno florecimiento liberal).

Comienza el autor por comprobar que los textos constitucionales modernos parecen más bien dar por sobreentendido que no puede haber pena sin culpa (o sin culpabilidad), pero que no lo dicen en forma expresa e inequívoca, sino que han sido los tribunales constitucionales o cortes supremas en el mundo occidental las que han afirmado el principio como pilar fundamental y a la vez límite del *jus puniendi*, mas deduciendo esto de las afirmaciones sobre la "dignidad humana" o sobre los fines "resocializadores" de la pena, expresiones que sí es frecuente encontrar en las constituciones. Laudable resulta ello, a nuestro juicio, pero no borra el hecho de que la exigencia de culpabilidad como requisito de la pena no encuentra derechamente formulación constitucional, como la tiene en cambio, por vía de ejemplo, la irretroactividad de la ley penal.

Da cuenta enseguida KÜNSEMÜLLER de la evolución experimentada por la cuestión de la culpabilidad, particularmente en la doctrina alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial: una etapa inicial en que se afirma vigorosamente su necesidad, como una reacción a las políticas criminales del régimen nacionalsocialista (derecho penal de autor, sanciones impuestas en virtud de la raza, religión o ideas políticas, fundamento eugenésico de la privación de la vida, la integridad corporal o ciertos derechos humanos fundamentales, como el de contraer matrimonio y tener descendencia, etc., y en general, colocar como *ratio essendi* del derecho de castigar el "sano sentimiento popular"), y luego una segunda etapa, vinculada con el llamado "proyecto alternativo" de Código Penal elaborado por un selecto grupo de profesores alemanes, en el cual la culpabilidad ya no aparece como fundamento o justificación de la pena, sino solo de modo negativo, como un límite a la magnitud de la misma.

El profesor KÜNSEMÜLLER nos muestra con claridad cuál es la razón de esta paradoja: se tiende a rechazar el fundamento de la pena en la culpabilidad, por temer que un sistema de esta naturaleza lleve naturalmente a la concepción de un derecho penal de carácter *retributivo*, esto es, expiatorio, moralizador, en vez de tener una finalidad social, de protección de los valores de este orden, donde la ausencia de culpabilidad solamente impediría aplicar pena, o establecería un parámetro de magnitud.

Se aduce (pero los propios autores citados por KÜNSEMÜLLER dejan percibir otra cosa) que el "libre albedrío", fundamento de la culpabilidad en sentido clásico, es "científicamente indemostrable" y-según expresión de ROXIN latamente explicada por KÜNSEMÜLLER- "dañosa desde el punto de vista político criminal". Es claramente el repudio del pensamiento expiatorio o "restaurador", que desemboca en un derecho penal talional, tan categóricamente derivado de la tradición filosófica alemana de KANT y de HEGEL, y tan afincado en el pensamiento filosófico-jurídico alemán.

Pero KÜNSEMÜLLER nos advierte con claridad que la limpieza de intención moral y política de quienes se oponen a una ecuación "culpabilidad = pena retributiva", que se traduce en una defensa cerrada de la culpabilidad como requisito (no ya "fundamento") y límite de la pena, obliga a justificar esta posición: si la "culpabilidad-fundamento" es científicamente indemostrable y políticamente dañosa, ¿con qué base se podrá postular que ella es un requisito indispensable y un límite infranqueable a la imposición y dimensionamiento de la pena?

Los intentos hechos para responder a esta pregunta, que han demandado un alto esfuerzo intelectual a sus autores, no terminan de convencernos, y compartimos plenamente las certeras críticas de KÜNSEMÜLLER a su respecto. En algunos casos, se trata simplemente de dar otra denominación a lo que tradicionalmente se ha denominado "libertad de elección" o "albedrío": tal es el caso de la "libertad de comportamiento", "libertad de autoadministrarse"; "fidelidad a la norma" (cuyos postuladores advierten en forma enfática que tales conceptos nada tienen que ver con el libre albedrío filosófico). En otro caso, se busca justificación a la pena en otras razones, y KÜNSEMÜLLEr pone en guardia también contra las peligrosas consecuencias político-sociales que ellas pueden tener: la "utilidad social", el "efecto didáctico"; la "necesidad social", "crear conciencia social de que vale la pena observar la ley y que es mal negocio quebrantarla" (opinión esta última de DÖLLING, que hace recordar demasiado las incursiones de aficionado de ciertos economistas que atribuyen el fenómeno delictivo a la relación costo-beneficio). La propia sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán que KÜNSEMÜLLER muy certeramente critica, en el sentido de que a través de la pena "se contribuye a la formación de la conciencia de la sociedad" (para justificar el presidio perpetuo), tiene a nuestro entender una ominosa vinculación con el "sano sentimiento popular", como piedra angular del derecho penal.

En un medio académico como el nuestro, en que los manuales didácticos ocupan preferentemente la escena, debe tributarse una cálida bienvenida a un texto como el de Carlos KÜNSEMÜLLER, que se mueve -lo decimos sin vacilación- en el más alto plano de la ciencia y aun de la filosofía jurídica. Nuestra situación marginal en el mundo intelectual nos obliga, en las obras que elaboramos, a cubrir primeramente un campo expositivo para familiarizar al lector nacional con el estado de la cuestión, tarea que en las naciones de abundante producción jurídica es innecesaria: todos, en mayor o menor grado, están enterados de cuál es la polémica y cuáles son las diferentes posturas. Esa tarea, sin duda, la cumple KÜNSEMÜLLER con prolijidad y exactitud propias de su cultura y su probidad intelectuales. Pero el autor no se detiene en este aspecto (que de por sí sería ya de enorme utilidad), sino que con la profunda seriedad y el claro talento que siempre lo han caracterizado, analiza las opiniones ajenas y sin sentirse inhibido por los argumentos de autoridad, expone su pensamiento certeramente crítico y sólidamente creador.

Se advierte en Carlos KÜNSEMÜLLER su múltiple aproximación al derecho, que enriquece su visión del mismo: es desde hace muchos años destacado profesor en el ámbito nacional y el internacional; es juez, como miembro integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por largo tiempo, y desde allí aplica el derecho a los dolores y debilidades humanas; en fin, es también abogado de libre ejercicio de la profesión, y allí lucha contra la injusticia y por la protección de las garantías individuales y los derechos humanos.

Para quien escribe esto, nada más grato y honroso que prologar una obra de tan alta categoría, debida a la pluma del profesor KÜNSEMÜLLER, con quien nos une tan antigua y afectuosa relación: fue en efecto, mi distinguido alumno, luego mi destacado profesor auxiliar de cátedra y luego mi colega en la enseñanza de nuestra disciplina. Se trata, pues, de un árbol que he visto crecer desde prometedora semilla hasta un fruto de plena y completa madurez como esta obra que debe enorgullecer al mundo académico nacional.

* * * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. Unión Europea

Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 82, apartado 2, letra b),

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo (1),

Previa consulta al Comité de las Regiones,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario (2),

Considerando lo siguiente:

(1) El objetivo de la presente Directiva es garantizar la efectividad del derecho a la asistencia de letrado según lo dispuesto en la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (3) ofreciendo la asistencia de un letrado, financiada por los Estados miembros, a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención en virtud de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI (4) (en lo sucesivo, «personas buscadas»).

(2) Al establecer normas mínimas comunes sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita a los sospechosos, a los acusados y a las personas buscadas, la presente Directiva tiene como objetivo reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal.

(3) El artículo 47, apartado tercero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»); el artículo 6, apartado 3, letra c), del

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), y el artículo 14, apartado 3, letra d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, «PIDCP») consagran el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales, de conformidad con las condiciones indicadas en dichas disposiciones. La Carta tiene el mismo valor jurídico de los Tratados, y los Estados miembros son parte del CEDH y del PIDCP. Sin embargo, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esta circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas de justicia penal de los demás Estados miembros.

(4) El 30 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó una Resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (5) (en lo sucesivo, «plan de trabajo»). Desde una perspectiva gradual, el plan de trabajo insta a adoptar medidas relativas a los siguientes derechos: traducción e interpretación (medida A); información sobre los derechos e información sobre los cargos (medida B); asesoramiento jurídico y, justicia gratuita (medida C); comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares (medida D); y salvaguardias especiales para sospechosos o acusados que sean vulnerables (medida E).

(5) El 11 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo acogió favorablemente el plan de trabajo y lo incorporó al Programa de Estocolmo («Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano») (6) (apartado 2.4). El Consejo Europeo destacó que el plan de trabajo no era exhaustivo e invitó a la Comisión a examinar nuevos elementos de los derechos procesales mínimos de los sospechosos y acusados, y a evaluar la necesidad de abordar otras cuestiones, como la presunción de inocencia, para fomentar una mejor cooperación en dicho ámbito.

(6) Hasta la fecha se han adoptado, en virtud del plan de trabajo, cinco medidas sobre los derechos procesales en el proceso penal: las Directivas 2010/64/UE (7), 2012/13/UE (8), 2013/48/UE, (UE) 2016/343 (9) y (UE) 2016/800 (10) del Parlamento Europeo y del Consejo.

(7) La presente Directiva se refiere a la segunda parte de la medida C del plan de trabajo, a saber, la justicia gratuita.

(8) La asistencia jurídica gratuita debe cubrir los costes de la defensa de los sospechosos o acusados y de las personas buscadas. Cuando concedan la asistencia jurídica gratuita, las autoridades competentes de los Estados miembros deben poder exigir que los sospechosos, los acusados o las personas buscadas paguen ellos mismos parte de los costes, en función de sus recursos económicos.

(9) Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/800, la presente Directiva no se aplicará cuando los sospechosos o acusados o las personas buscadas hayan renunciado a su derecho a la asistencia de letrado, con arreglo al artículo 9 o al artículo 10, apartado 3, respectivamente, de la Directiva 2013/48/UE, y no hayan revocado tal renuncia, o cuando los Estados miembros hayan aplicado las excepciones

temporales previstas en el artículo 3, apartados 5 o 6, de la Directiva 2013/48/UE, durante la vigencia de tales excepciones.

(10) En caso de que una persona que inicialmente no fuese sospechoso ni acusado, por ejemplo un testigo, se convierta en sospechoso o acusado, debe tener derecho a no declarar contra sí mismo y a guardar silencio, de conformidad con el Derecho de la Unión y el CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo «Tribunal de Justicia») y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo «TEDH»). Por tanto, la presente Directiva hace referencia expresa a la situación concreta en que esa persona se convierte en sospechoso o acusado, en el curso del interrogatorio por parte de la policía u otras autoridades policiales en el contexto de un proceso penal. En caso de que, en el curso de tal interrogatorio, una persona que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, se ha de suspender de inmediato todo interrogatorio. No obstante, debe ser posible proseguir con el interrogatorio cuando se haya informado a la persona de que se trate de que se ha convertido en sospechoso o acusado y dicha persona puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la presente Directiva.

(11) En algunos Estados miembros, autoridades distintas de los órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal están facultadas para imponer sanciones distintas de la privación de libertad en caso de infracciones relativamente leves. Así puede suceder, por ejemplo, con las infracciones, que se cometen en gran número y de las que puede quedar constancia mediante un control de tráfico. En tales situaciones, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos que reconoce la presente Directiva. Por lo tanto, en los casos en que la normativa de un Estado miembro contemple que esas autoridades puedan imponer sanciones por infracciones leves, y exista el derecho de recurso o la posibilidad de que el asunto se remita de otro modo a un órgano jurisdiccional competente en materia penal, la presente Directiva solo debe aplicarse a los procesos incoados ante un órgano jurisdiccional a raíz de dicho recurso o remisión.

(12) En algunos Estados miembros se consideran infracciones penales ciertas infracciones leves, en particular infracciones leves de tráfico rodado, infracciones leves de ordenanzas municipales generales e infracciones leves del orden público. En tales situaciones, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos que reconoce la presente Directiva. Así pues, en los casos en que, con arreglo a la normativa de un Estado miembro, no puedan imponerse sanciones que conlleven privación de libertad para infracciones leves, la presente Directiva solo debe aplicarse a los procesos incoados ante órganos jurisdiccionales competentes en materia penal.

(13) La aplicación de la presente Directiva a infracciones leves queda supeditada a las condiciones en ella establecidas. Los Estados miembros deben poder aplicar una evaluación de medios económicos o una evaluación de méritos para decidir si se tiene que conceder la asistencia jurídica gratuita. Siempre que se respete el derecho a un

juicio justo, será posible considerar no superada la evaluación de méritos en el caso de determinadas infracciones leves.

(14) El ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con ciertas infracciones leves no debe ser óbice para que los Estados miembros respeten las obligaciones que hayan contraído en virtud del CEDH a fin de garantizar el derecho a un proceso equitativo, lo que incluye la obtención de asistencia letrada.

(15) Siempre que se respete el derecho a un juicio justo, la siguientes situaciones no se consideran privaciones de libertad en el sentido de la presente Directiva: la identificación del sospechoso o acusado; la decisión sobre la procedencia de iniciar una investigación; la comprobación de la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares; los actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la presente Directiva, como los cacheos, los reconocimientos físicos, los análisis de sangre, de detección de alcohol u otros similares, o la obtención de fotografías o de huellas dactilares, la presentación del sospechoso o acusado ante una autoridad competente de conformidad con el Derecho nacional.

(16) La presente Directiva establece normas mínimas. Los Estados miembros deben poder conceder la asistencia jurídica gratuita en situaciones que no estén contempladas en la presente Directiva, por ejemplo cuando se llevan a cabo actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la presente Directiva.

(17) De conformidad con el artículo 6, apartado 3, letra c), del CEDH, los sospechosos y acusados que carecen de medios suficientes para sufragar la asistencia jurídica, tienen derecho a ser asistidos gratuitamente cuando los intereses de la justicia lo exijan. Esta norma mínima permite a los Estados miembros aplicar una evaluación de medios económicos, una evaluación de méritos, o ambas. La aplicación de estas evaluaciones no debe introducir limitaciones o excepciones a los derechos o garantías procesales reconocidos por la Carta y el CEDH, según la interpretación del Tribunal de Justicia y del TEDH.

(18) Los Estados miembros deben adoptar disposiciones prácticas relativas a la prestación de la asistencia jurídica gratuita. Estas disposiciones pueden establecer que la asistencia jurídica gratuita se conceda previa solicitud del sospechoso, acusado o persona buscada. Habida cuenta en particular de las necesidades de las personas vulnerables, dicha solicitud no debe, sin embargo, considerarse un requisito sustantivo, para la concesión de la asistencia jurídica gratuita.

(19) Las autoridades competentes deben conceder la asistencia jurídica gratuita sin demora injustificada y, a más tardar, antes del interrogatorio que efectúe la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial, o antes de que se lleven a cabo los actos de investigación o de obtención de pruebas específicos a que se refiere la presente Directiva. Si las autoridades competentes no pudieran concederla con la debida antelación, deben conceder al menos una asistencia jurídica gratuita de

urgencia o provisional antes de que se lleven a cabo el interrogatorio o los actos de investigación o de obtención de pruebas.

(20) Dada la especificidad de la orden europea de detención, la interpretación de las disposiciones de la presente Directiva que se refieran únicamente a las personas buscadas debe tener en cuenta esta especificidad y no debe ir en modo alguno en perjuicio de la interpretación de las demás disposiciones de la presente Directiva.

(21) Las personas buscadas deben tener derecho a la asistencia jurídica gratuita en el Estado miembro de ejecución. Además, las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención con miras a efectos de su persecución penal y que hayan ejercido su derecho a designar un abogado en el Estado miembro emisor de conformidad con la Directiva 2013/48/UE, deben estar legitimadas para pedir la asistencia jurídica gratuita en dicho Estado miembro para los fines de dicho procedimiento en el Estado miembro de ejecución, en la medida en que la asistencia jurídica gratuita sea necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva, según lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta. Así ocurriría si el letrado del Estado miembro de ejecución no puede desarrollar su labor relativa a la ejecución de una orden europea de detención de modo eficaz y eficiente sin la asistencia de un letrado en el Estado miembro emisor. Las decisiones sobre la concesión de la asistencia jurídica gratuita en el Estado miembro emisor deben ser adoptadas por una autoridad que sea competente para adoptar decisiones sobre la asistencia judicial gratuita en dicho Estado miembro con arreglo a criterios establecidos por dicho Estado miembro al aplicar la presente Directiva.

(22) Para garantizar a las personas buscadas el acceso efectivo a la asistencia de letrado, los Estados miembros deben garantizar que las personas buscadas tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita hasta su entrega, o, hasta que la decisión de no proceder a la entrega sea firme.

(23) Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben velar por el respeto del derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita establecido en la Carta y en el CEDH. Deben respetar asimismo los Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal.

(24) Sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional sobre la presencia obligatoria de un letrado, la autoridad competente debe decidir sobre la concesión o denegación de la asistencia jurídica gratuita sin demora injustificada. La autoridad competente debe ser una autoridad independiente que sea competente para adoptar decisiones relativas a la concesión de asistencia jurídica gratuita o un órgano jurisdiccional, incluidos los de composición unipersonal. En situaciones de urgencia, la intervención temporal de la policía o la fiscalía también han de ser posibles en la medida en que resulte necesario para conceder la asistencia jurídica gratuita en tiempo oportuno.

(25) Cuando se haya concedido la asistencia jurídica gratuita a un sospechoso, acusado o persona buscada, una forma de garantizar su efectividad y calidad es facilitar la continuidad de su asistencia jurídica. A este respecto, los Estados miembros

deben facilitar la continuidad de la asistencia jurídica durante el proceso penal así como, en su caso, en el procedimiento de orden europea de detención.

(26) Debe proporcionarse formación adecuada al personal que participe en el proceso decisorio sobre la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en el procedimiento de orden europea de detención. Sin perjuicio de la independencia judicial y de las diferencias en la organización del sistema judicial en la Unión, los Estados miembros deben exigir que las personas encargadas de la formación de los jueces ofrezcan tal formación a los tribunales y jueces que tomen las decisiones de conceder la asistencia jurídica.

(27) El principio de eficacia del Derecho de la Unión exige que los Estados miembros implanten vías de recurso adecuadas y eficaces en caso de vulneración de algún derecho otorgado a las personas físicas por el Derecho de la Unión. Debe disponerse de una vía eficaz de recurso cuando el derecho a la asistencia jurídica gratuita se vea menoscabado, o la prestación de la asistencia jurídica gratuita se demore o deniegue total o parcialmente.

(28) A fin de supervisar y evaluar la eficacia de la presente Directiva, es necesario que los Estados miembros recopilen los datos pertinentes, del conjunto de datos disponibles, sobre el ejercicio de los derechos establecidos en la misma. Estos datos deben incluir, cuando sea posible, el número de solicitudes de asistencia jurídica gratuita en el marco de los procesos penales y del procedimiento de orden europea de detención cuando el Estado miembro en cuestión actúa como Estado miembro emisor o de ejecución, así como el número de casos en que se concedió la asistencia y el número de casos en que la solicitud de asistencia fue denegada. También deben recogerse, en la medida de lo posible, datos sobre los costes de prestación de la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos o acusados y a las personas buscadas.

(29) La presente Directiva debe aplicarse a los sospechosos, acusados y personas buscadas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad. Los Estados miembros deben respetar y garantizar los derechos establecidos en la presente Directiva, sin discriminación alguna por motivo alguno, como la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la nacionalidad, el origen étnico o social, el patrimonio, la discapacidad o el nacimiento. La presente Directiva promueve los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Carta y el CEDH, incluidos la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y los derechos de defensa. La aplicación de la presente Directiva debe llevarse a cabo de conformidad con estos derechos y principios.

(30) La presente Directiva establece normas mínimas. Los Estados miembros deben poder ampliar los derechos establecidos en la presente Directiva con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección. Este mayor nivel de protección no

debe constituir un obstáculo para el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que las normas mínimas pretenden facilitar. El nivel de protección proporcionado por los Estados miembros no debe ser nunca inferior al de las normas establecidas en el CEDH, tal como las han interpretado el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(31) Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas mínimas comunes relativas al derecho de los sospechosos, acusados y personas buscadas, a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a sus dimensiones y efectos, puede lograrse mejor en el ámbito de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE). De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

(32) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.o 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda con respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva, y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación.

(33) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.o 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1. Objeto

1. La presente Directiva establece una serie de normas mínimas comunes sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de:

a) los sospechosos y acusados en los procesos penales, y

b) las personas objeto de un procedimiento de orden europea de detención en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI (en lo sucesivo, «personas buscadas»).

2. Por la presente Directiva se completan las Directivas 2013/48/UE y (UE) 2016/800. Nada de la presente Directiva será interpretado en el sentido de limitar los derechos regulados en las Directivas citadas.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva se aplicará a los sospechosos o acusados en los procesos penales que tengan derecho a la asistencia de letrado con arreglo a la Directiva 2013/48/UE y que:

a) estén privados de libertad;

b) deban ser asistidos por un letrado de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión, o

c) deban o puedan asistir a un acto de investigación o de obtención de pruebas, incluidos, como mínimo, los siguientes:

i) ruedas de reconocimiento,

ii) careos,

iii) reconstrucciones de los hechos.

2. La presente Directiva se aplicará también, desde el momento de su detención en el Estado miembro de ejecución, a las personas buscadas que tengan derecho a la asistencia de letrado con arreglo a la Directiva 2013/48/UE.

3. La presente Directiva se aplicará también, en las mismas condiciones establecidas en el apartado 1, a las personas que inicialmente no fueran sospechosos ni acusados pero que pasen a serlo en el curso de un interrogatorio de la policía u otra autoridad con funciones policiales.

4. Sin perjuicio del derecho a un juicio justo con respecto a las infracciones leves:

a) cuando el Derecho de un Estado miembro contemple la imposición de una sanción por parte de una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal, y la imposición de tal sanción pueda ser objeto de recurso ante ese tipo de órgano jurisdiccional o ser remitida a él, o

b) cuando no pueda imponerse una sanción de privación de libertad, la presente Directiva se aplicará únicamente a los procedimientos ante un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal.

En cualquier caso, la presente Directiva se aplicará cuando se vaya a adoptar una decisión sobe la detención, y durante la detención, en cualquier fase del proceso hasta su conclusión.

Artículo 3. Definición

A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por «asistencia jurídica gratuita» la financiación por un Estado miembro de la asistencia de un letrado, que permita el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado.

Artículo 4. Asistencia jurídica gratuita en los procesos penales

1. Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados que no dispongan de recursos suficientes para sufragar la asistencia de un letrado, tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera.

2. Los Estados miembros podrán aplicar una evaluación de medios económicos, de méritos o de ambas cosas, para decidir si se ha de conceder la asistencia jurídica gratuita de conformidad con el apartado 1.

3. Cuando un Estado miembro aplique una evaluación de medios económicos, tomará en consideración todos los factores pertinentes y objetivos, como los ingresos, el patrimonio y la situación familiar del interesado, así como el coste de la asistencia de un letrado y el nivel de vida de dicho Estado miembro, con el fin de determinar si, de conformidad con los criterios aplicables en dicho Estados miembro, los sospechosos o acusados carecen de medios suficientes para sufragar la asistencia de un letrado.

4. Cuando un Estado miembro aplique una evaluación de méritos, tomará en cuenta la gravedad de la infracción penal, la complejidad de la causa y la severidad de la posible sanción, con el fin de determinar si los intereses de la justicia exigen la concesión de la asistencia jurídica gratuita. En cualquier caso, se considerará que la evaluación de méritos es positiva en las siguientes situaciones:

a) cuando se ponga a un sospechoso o acusado a disposición del órgano jurisdiccional competente para decidir sobre su detención en cualquier fase del proceso dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, y

b) durante la detención.

5. Los Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica gratuita se conceda sin demora injustificada y, a más tardar, antes del interrogatorio que efectúe la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial, o antes de que se lleven a cabo los actos de investigación o de obtención de pruebas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra c).

6. La asistencia jurídica gratuita se concederá únicamente para los fines de los procesos penales en los que el interesado sea sospechoso o esté acusado de haber cometido una infracción penal.

Artículo 5. Asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de orden europea de detención

1. El Estado miembro de ejecución velará por que las personas buscadas tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita desde el momento de su detención en virtud de una orden europea de detención y hasta su entrega, o hasta que la decisión de no proceder a la entrega sea firme.

2. El Estado miembro emisor garantizará que las personas buscadas en virtud de una orden europea de detención con miras a su persecución penal y que ejerciten su derecho a designar un abogado en el Estado miembro emisor para asistir al abogado en el Estado miembro de ejecución, de conformidad con el artículo 10, apartados 4 y 5, de la Directiva 2013/48/UE, tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita en el Estado miembro emisor para los fines de dicho procedimiento de orden europea de detención en el Estado miembro de ejecución, en la medida en que la asistencia jurídica gratuita sea necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva.

3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita mencionado en los apartados 1 y 2 podrá supeditarse a una evaluación de medios económicos de conformidad con el artículo 4, apartado 3, que se aplicará mutatis mutandis.

Artículo 6. Decisiones relativas a la concesión de la asistencia jurídica gratuita

1. Las decisiones sobre la concesión o la denegación de la asistencia jurídica gratuita y sobre la designación de letrados serán adoptadas sin demora injustificada por una autoridad competente. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que la autoridad competente adopte sus decisiones de forma diligente respetando los derechos de defensa.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, los acusados y la personas buscadas sean informados por escrito en el caso de que su solicitud de asistencia jurídica gratuita sea denegada total o parcialmente.

Artículo 7. Calidad de los servicios de asistencia jurídica gratuita y formación

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, también en materia de financiación, para asegurarse de que:

a) existe un sistema eficaz de asistencia jurídica gratuita de calidad adecuada, y

b) los servicios de asistencia jurídica gratuita son de una calidad adecuada para garantizar la equidad de los procesos, con el debido respeto a la independencia de la profesión jurídica.

2. Los Estados miembros velarán por que se proporcione formación adecuada al personal que intervenga en la toma de decisiones sobre la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los procedimientos de orden europea de detención.

3. Con el debido respeto por la independencia de la profesión jurídica y la función de los responsables de la formación de los abogados, los Estados miembros adoptarán medidas adecuadas para promover que los letrados que presten que presten jurídica gratuita reciban una formación apropiada.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derecho a que, si lo solicitan, se sustituya al letrado que les haya sido asignado para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, cuando así lo justifiquen las circunstancias específicas.

Artículo 8. Vías de recurso

Los Estados miembros velarán por que los sospechosos, los acusados y las personas buscadas dispongan de vías de recurso efectivas conforme a la normativa nacional en los casos en que se hayan vulnerado los derechos que les confiere la presente Directiva.

Artículo 9. Personas vulnerables

Los Estados miembros garantizarán que en la aplicación de la presente Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos, los acusados y personas buscadas que sean vulnerables.

Artículo 10. Comunicación de datos y presentación de informes

1. A más tardar el 25 de mayo de 2021 y, posteriormente, cada tres años, los Estados miembros comunicarán a la Comisión los datos disponibles relativos a la forma en que se han aplicado los derechos establecidos en la presente Directiva.

2. A más tardar el 25 de mayo de 2022, y, posteriormente cada tres años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. En su informe, la Comisión evaluará la aplicación de la presente Directiva en lo que se refiere al derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en el procedimiento de orden europea de detención.

Artículo 11. No regresión

Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará como una limitación o una excepción respecto de los derechos o garantías procesales reconocidos en la Carta, el CEDH u otras disposiciones aplicables de Derecho internacional o de la legislación nacional de cualquier Estado miembro que garanticen un nivel de protección superior.

Artículo 12. Transposición

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 25 de mayo de 2019. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. La forma en la que se haga dicha referencia la determinarán los Estados miembros.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 13.Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 14. Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros, de conformidad con los Tratados.

Hecho en Estrasburgo, el 26 de octubre de 2016.

2. Colombia*

Informe de ponencia segundo debate Proyecto de Ley 171 de 2015 Cámara, 48 de 2015 Senado, por medio de la cual se establece un procedimiento especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.

El 2 de noviembre de 2016 se presentó el Informe de ponencia para segundo debate Proyecto de ley número 48 de 2015 Senado, 171 de 2015 Cámara, por medio de la cual se establece un procedimiento especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.

El texto del respectivo informe puede consultarse en el siguiente enlace.

* Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) II Congreso Internacional de la FICP

Sobre "**Problemas actuales de las ciencias penales**". **13 y 14 de marzo de 2017**. Facultad de Derecho de la Universidad Coledio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia). Organizado por la FICP y la Univ. de El Rosario y codirigido por los Profs. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña (Presidente de Honor), Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo y Dr. Lombana Villalba (Patronos).

El Congreso está destinado a los miembros de la FICP, por lo que para participar en el mismo es necesaria la previa asociación a la FICP y posterior inscripción. El programa será publicado próximamente en nuestra página web www.ficp.es en la sección de Próximos cursos.

(ii) Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE

El pasado **2 de diciembre de 2016**, tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León (León, España) la conferencia del **Prof. Dr. Iván Meini Méndez**, Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada "Ley penal y legalidad penal en el Estado democrático".

Asimismo, el pasado **14 de diciembre de 2016** tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León (León, España) la conferencia del **Prof. Juan Carlos Álvarez Álvarez**, Profesor de Derecho Penal de Universidad EAFIT (Medellín, Colombia), titulada "El sistema carcelario en Colombia y el problema de la desigualdad social".

2. *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario (15 de mayo de 2016)

Núm. extraordinario de Libertas 5, 2016 (diciembre)

Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales publica este mes de diciembre en su número extraordinario 5, 2016 (diciembre) la versión en español de: *Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag*, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. El Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Catedrático emérito de Derecho Penal y Procesal Penal de la Univ. de Múnich, es Socio de honor núm. 1 de la FICP.

El número extraordinario de Libertas incluye una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo*, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá*, M. Díaz y García Conlledo*, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña*, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.

La FICP ha ofrecido en su página web en Eventos anteriores y en la revista Foro FICP 2016-2 amplia información escrita y gráfica del acto de ofrenda y entrega del monográfico de la revista GA 2016/5 al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, que tuvo lugar en Feldafing, Baviera (Alemania), con fecha de 28 de mayo de 2016.

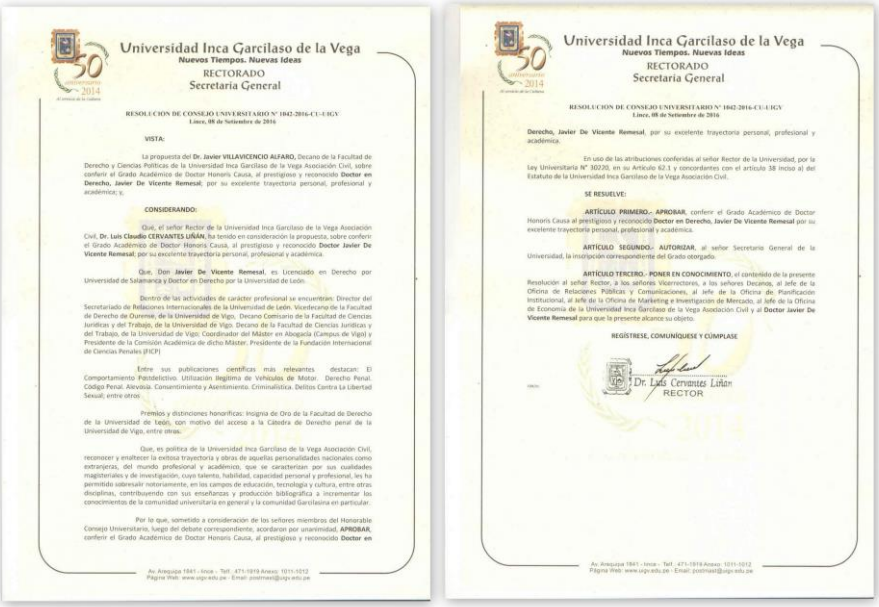
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)*

(i) Doctorado *honoris causa* y distinciones del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*

Al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, Catedrático de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP, le han sido concedidas recientemente las siguientes distinciones:

— Doctorado *honoris causa* por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, concedido mediante resolución del Consejo Universitario con fecha de 8 de septiembre.



Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas
RECTORADO
Secretaría General

RESOLUCION DE CONSEJO UNIVERSITARIO N° 1042-2016-CU-UIGV
Lima, 08 de Setiembre de 2016

VISTA:

La propuesta del **Dr. Javier VILLAVICENCIO ALFARO**, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil, sobre conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa, al prestigioso y reconocido **Doctor en Derecho, Javier De Vicente Remesal**; por su excelente trayectoria personal, profesional y académica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el señor Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil, **Dr. Luis Claudio CERVANTES LIÑÁN**, ha tenido en consideración la propuesta, sobre conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa, al prestigioso y reconocido **Doctor Javier De Vicente Remesal**; por su excelente trayectoria personal, profesional y académica.

Que, Don **Javier De Vicente Remesal**, es Licenciado en Derecho por Universidad de Salamanca y Doctor en Derecho por la Universidad de León.

Dentro de las actividades de carácter profesional se encuentran: Director del Secretariado de Relaciones Internacionales de la Universidad de León. Vicedecano de la Facultad de Derecho de Ourense, de la Universidad de Vigo. Decano Comisario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, de la Universidad de Vigo. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, de la Universidad de Vigo. Coordinador del Máster en Abogacía (Campus de Vigo) y Presidente de la Comisión Académica de dicho Máster. Presidente de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)

Entre sus publicaciones científicas más relevantes, destacan: El Comportamiento Postdelictivo. Utilización Ilegítima de Vehículos de Motor. Derecho Penal. Código Penal. Alevosía. Consentimiento y Asentimiento. Criminalística. Delitos Contra La Libertad Sexual; entre otros.

Premios y distinciones honoríficas: Insignia de Oro de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, con motivo del acceso a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Vigo, entre otras.

Que, es política de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil, reconocer y enaltecer la exitosa trayectoria y obras de aquellas personalidades nacionales como extranjeras, del mundo profesional y académico, que se caracterizan por sus cualidades magisteriales y de investigación, cuyo talento, habilidad, capacidad personal y profesional, les ha permitido sobresalir notoriamente, en los campos de educación, tecnología y cultura, entre otras disciplinas, contribuyendo con sus enseñanzas y producción bibliográfica a incrementar los conocimientos de la comunidad universitaria en general y la comunidad Garcilasina en particular.

Por lo que, sometido a consideración de los señores miembros del Honorable Consejo Universitario, luego del debate correspondiente, acordaron por unanimidad, **APROBAR**, conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa, al prestigioso y reconocido **Doctor en**

Av. Arequipa 1841 - Lima - Tel: 471-1919 Anexo: 1011-1012
Página Web: www.uigv.edu.pe - Email: postmast@uigv.edu.pe

Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas
RECTORADO
Secretaría General

RESOLUCION DE CONSEJO UNIVERSITARIO N° 1042-2016-CU-UIGV
Lima, 08 de Setiembre de 2016

Derecho, Javier De Vicente Remesal, por su excelente trayectoria personal, profesional y académica.

En uso de las atribuciones conferidas al señor Rector de la Universidad, por la Ley Universitaria N° 30220, en su Artículo 62.1 y concordantes con el artículo 38 Inciso a) del Estatuto de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR, conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa al prestigioso y reconocido **Doctor en Derecho, Javier De Vicente Remesal** por su excelente trayectoria personal, profesional y académica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- AUTORIZAR, al señor Secretario General de la Universidad, la inscripción correspondiente del Grado otorgado.

ARTÍCULO TERCERO.- PONER EN CONOCIMIENTO, el contenido de la presente Resolución al señor Rector, a los señores Vicerrectores, a los señores Decanos, al Jefe de la Oficina de Relaciones Públicas y Comunicaciones, al Jefe de la Oficina de Planificación Institucional, al Jefe de la Oficina de Marketing e Investigación de Mercado, al Jefe de la Oficina de Economía de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil y al **Doctor Javier De Vicente Remesal** para que la presente alcance su objeto.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dr. Luis Cervantes Liñán
RECTOR

Av. Arequipa 1841 - Lima - Tel: 471-1919 Anexo: 1011-1012
Página Web: www.uigv.edu.pe - Email: postmast@uigv.edu.pe

Resolución del Consejo Universitario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, con fecha de 8-9-2016, por la que se aprueba la concesión del Doctorado *honoris causa* al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

— Condición de Profesor Honorario de la Univ. San Martín de Porres, Lima, Perú. El acto de entrega del título tuvo lugar el 7 de octubre.

* Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

Diversos momentos del acto de nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal como Profesor Honorario de la Univ. San Martín de Porres

— Condición de Profesor Honorario de la Universidad José Carlos Mariátegui de Moquegua, Perú. El acto de entrega del título tuvo lugar el 11 de octubre, en el que también se anunció su próximo nombramiento como Doctor *honoris causa*.

Imágenes de la ceremonia de nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente como Prof. Honorario de la Univ. José Carlos Mariátegui de Moquegua, en la que se anunció su próxima investidura como Dr. h.c.

— Nombramiento como Miembro Honorífico del Colegio de Abogados de Lima (bicentenario), cuya ceremonia tuvo lugar el pasado 14 de octubre.

Los Profs. Dres. Luzón Peña y de Vicente Remesal durante el acto, acompañados, entre otros, del Prof. Dr. Palomino Manchego y del Sr. Decano del Colegio de Abogados, Dr. Pedro Angulo Arana.

Todas las fotos de los eventos pueden consultarse en los álbumes correspondientes de nuestra Galería de fotos.

(ii) Doctorados *honoris causa* y distinciones del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*

Al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*, Catedrático de la Univ. de Alcalá y Presidente de Honor de la FICP, le han sido reconocidas recientemente las siguientes distinciones:

— Doctorado *honoris causa* por la Universidad San Agustín de Arequipa, Perú, cuyo acto de investidura tuvo lugar el pasado 10 de octubre.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña tras su investidura, acompañado de las autoridades de la Universidad San Agustín de Arequipa y del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal.

Izq.: imposición de la medalla al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña. Dcha.: el Prof. Luzón acompañado de la Rectora en funciones de la Universidad.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña tras su investidura, acompañado de Profesores de Derecho y de alumnos de la Univ. San Agustín de Arequipa. Arriba, al fondo, el Prof. Dr. Julio Armaza.

— Doctorado *honoris causa* por la Universidad José Carlos Mariátegui de Moquegua, Perú, concedido con fecha de 12 de julio y cuya investidura se celebró el 11 de octubre.

Tres momentos del solemne acto de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y de la impartición de su *Lectio doctoralis*. Junto al Prof. Luzón Peña, abajo a la izq., el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente.

— Doctorado *honoris causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, concedido mediante resolución del Consejo Universitario con fecha de 24 de agosto (accesible aquí). El acto solemne de investidura, cuyo programa e invitación se pueden consultar aquí, tuvo lugar el pasado 13 de octubre.

Solemne acto de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, acompañado del Rector en funciones y del Decano de la Facultad de Derecho.

Varios momentos durante y después de la impartición por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña de su *Lectio doctoralis*. Abajo a la izq., el Prof. Dr. J. Palomino Manchego.

Arriba: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña acompañado, de izq. a dcha., del Decano de la Facultad de Derecho, del Vicerrector de la Universidad y del Secretario General. Abajo: en la compañía de los Profs. Dres. Manuel Aráuz, María Asunción Moreno Sánchez, el Director General de la Academia de la Magistratura y los Profs. Dres. de Vicente y Palomino.

— Condición de Profesor Honorario de la Univ. San Martín de Porres, Lima, Perú. El acto de entrega del título tuvo lugar el 7 de octubre.

Conferencia y posterior nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña como Profesor Honorario de la Univ. San Martín de Porres.

— Nombramiento como Miembro Honorífico del Colegio de Abogados de Lima (bicentenario), cuya ceremonia tuvo lugar el pasado 14 de octubre.

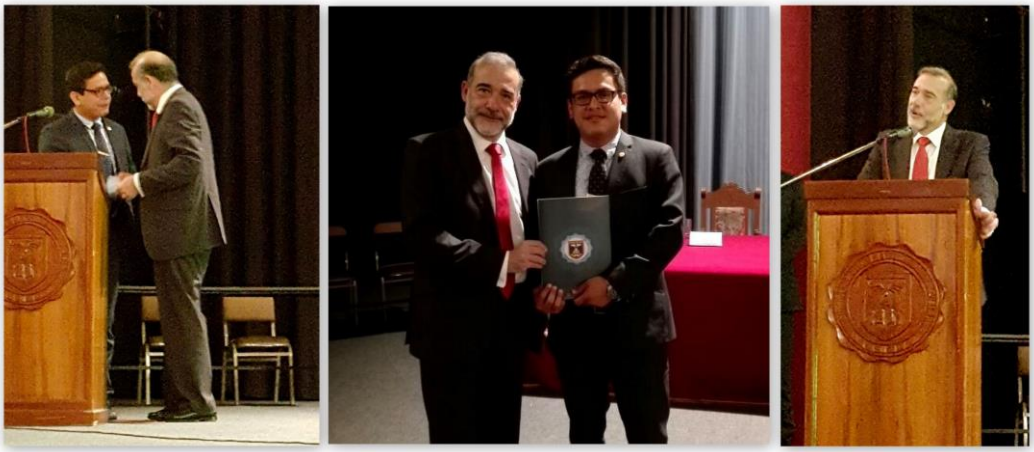
Los Profs. Dres. Luzón Peña y de Vicente Remesal durante el acto de nombramiento, acompañados, entre otros, del Prof. Dr. Palomino Manchego y del Sr. Decano del Colegio de Abogados, Dr. Pedro Angulo Arana.

Todas las fotos de los eventos pueden consultarse en los álbumes correspondientes de nuestra Galería de fotos.

(iii) Doctorados *honoris causa* y distinciones del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*

Al Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de la Univ. de León y patrono de la FICP, le han sido concedidas las siguientes distinciones:

— Doctorado *honoris causa* por la Univ. Nacional de Piura, Perú, cuya investidura tuvo lugar con fecha de 29 de julio de 2016.



El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo durante el acto de investidura, acompañado por el Dr. Cristhian Díaz.

— Nombramiento como Miembro Honorífico del Colegio de Abogados de Lima (bicentenario), cuya ceremonia tuvo lugar el pasado 31 de agosto.

El Prof. Dr. Dr. h.c. Díaz y García Conlledo durante la ceremonia, acompañado, entre otros, del Prof. Dr. Palomino Manchego y del Sr. Decano del Colegio de Abogados, Dr. Pedro Angulo Arana.

— Doctorado *honoris causa* por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, concedido con fecha de 22 de julio (accesible aquí). El acto solemne de investidura, cuyo programa e invitación se pueden consultar aquí, tuvo lugar el día 1 de septiembre.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo en diversos momentos del solemne acto de investidura, acompañado, de izq. a dcha., del Decano de la Facultad de Derecho, del Rector en funciones de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima y del Ex Rector Magnífico de la Univ. Nacional de San Marcos.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo durante y tras la presentación de su *Lectio doctoralis* en la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima.

Todas las fotos de los eventos pueden consultarse en los álbumes correspondientes de nuestra Galería de fotos.

(iv) Doctorado *honoris causa* de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Claus Roxin* y Bernd Schünemann*

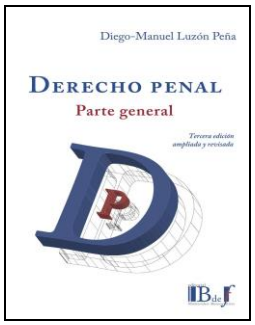
El pasado 14 de noviembre tuvo lugar el acto de solemne investidura como Doctores *honoris causa* de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Claus Roxin* (ausente) y Bernd Schünemann*, ambos socios de Honor de la FICP, en la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú.

Momentos de la ceremonia de investidura de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Roxin (ausente) y Schünemann. Este último estuvo acompañado, entre otros, del Vicerrector académico Dr. Jorge Lazo Manrique, el Vicerrector de investigación y posgrado Dr. Juan Carlos Córdova Palacios, el Decano de la Facultad Dr. Javier Villavicencio Alfaro, el Sr. Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Pedro Angulo Arana, y el Prof. Dr. Palomino Manchego.

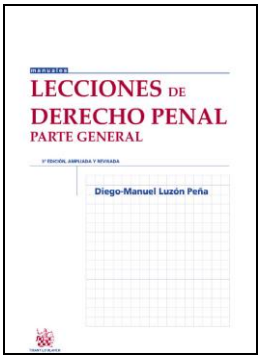
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

(i) Patronos (con asterisco los patronos):

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016, 998 p.

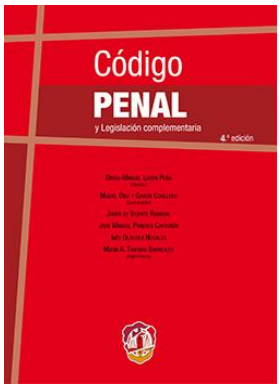


- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

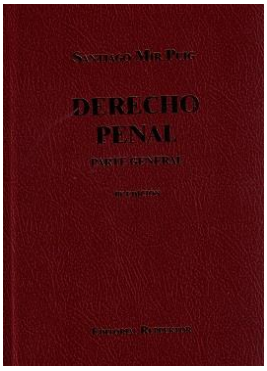


- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.

- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 4ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2016.



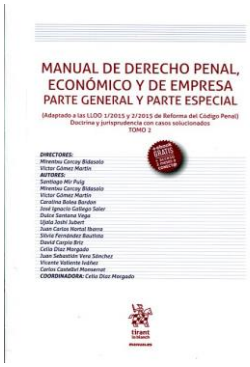
- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.



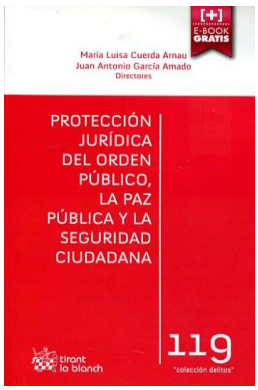
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y algunos socios de la FICP.

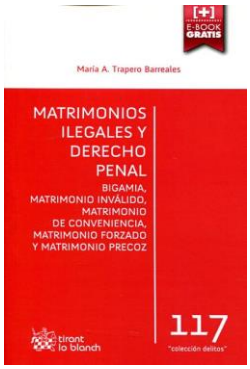


- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de *Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag*, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo*, y artículos de J. Wolter, K. Ambos/E. Malarino, M. Cancio Meliá*, M. Díaz y García Conlledo*, L. Greco, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña*, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann, J.M. Silva Sánchez y M. Zöller.
- Cuerda Arnau, Mª Luisa/García Amado, Juan Antonio* (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 87, 2016 (accesible aquí).

- Trapero Barreales, María A., Matrimonios ilegales y Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/ Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijóo Sánchez, Bernardo*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Boix Reig, Javier*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.* /Gallego Soler, J.I.*/Santana Vega, Dulce M.ª*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.*/Fernández Bautista, S.*/Carpio Briz, D.*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte

especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Cuerda Arnau, Mª Luisa*/ García Amado, Juan Antonio (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Delgado Gil, Andrés*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.
- Estrada Cuadras, Albert*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*/ Cámara Arroyo, Sergio*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.
- González Cussac, José L.*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/

Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 4ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2016.

- Martínez Arrieta, Andrés*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., Madrid, Dykinson S.L., 2016.
- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Pereira Garmendía, Mario*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho penal, Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*/Pérez Cepeda, Ana* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Roig Torres, Margarita*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.

- Roldán Barbero, Horacio*, Manual de Derecho penal, Parte general. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Rusconi, Maximiliano*, El origen constitucional de la imputación penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **5-7 de octubre de 2016.** Conferencias de los Profs. Dres. de Vicente Remesal*, Presidente de la FICP, y Diego-Manuel Luzón Peña*, Presidente de honor de la FICP. XI Curso Internacional de Derecho Penal, sobre "Dogmática penal: un nuevo discurso", organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDP), Univ. San Martín de Porres, Lima.

Los Profs. Dres. Luzón Peña y de Vicente Remesal durante sus conferencias en la USMP.

- **6 de octubre de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Culpabilidad y libertad". Corte Suprema de Justicia del Perú. Presentación por el Juez Supremo Excmo. Sr. D. Jorge Salas Arenas, socio de la FICP. Lima.
- **7 de octubre de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*: "Imprudencia médica y alcance de la pena de inhabilitación profesional médica". Corte Suprema de Justicia del Perú. Presentación por el

Juez Supremo Excmo. Sr. César San Martín Castro, Ex-Presidente de la CSJ y actual Presidente de la Sala Penal transitoria. Lima.

Varios momentos de la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, presentado por el Excmo. Sr. Jorge Salas (centro de la mesa).

Varios momentos de la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal, presentado por el Excmo. Sr. César San Martín Castro.

- **4 de noviembre de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá*: "El concepto jurídico de terrorismo y Estado de Derecho". XIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Organizado por la Univ. de San Pedro, Perú. Lima.

- **15 de noviembre de 2016.** Conferencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: "Seguridad ciudadana". X Congreso Internacional de Derecho Penal, sobre "Seguridad ciudadana y Delitos de corrupción". Organizado por la Pontificia Universidad Católica de Perú y la Asociación Civil THĒMIS. Auditorio de la Derrama Magisterial. Lima, Perú.

- **1-2 de diciembre de 2016.** Con motivo del I International Congress on Crime and Cyberspace: Challenges for the 21th Century, organizado por el centro CRÍMINA para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernandez de Elche, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de patronos de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* en la mesa "La punición del discurso del odio en el ciberespacio".
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá* en la mesa "Radicalización en Internet en el contexto del terrorismo yihadista".

b) Socios (con asterisco los socios)

- **20-27 de agosto de 2016**. Conferencias del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* en el Diplomado sobre "Derechos sexuales y reproductivos". Facultad de Derecho de la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua.

El Prof. Dr. Vega Gutiérrez durante la impartición de sus conferencias en la UCA.

- **1 de septiembre de 2016.** Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez*: "Reflexiones en torno a la Ley nº 779, Ley Integral contra la Violencia hacia las mujeres". UNAN-León, Nicaragua.

- **6 de septiembre de 2016.** Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez*: "Violencia de Género y Derecho Penal". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Americana (UAM), Managua, Nicaragua.

El Prof. Dr. Vega Gutiérrez durante su conferencia en la UAM, Nicaragua.

Cartel de la conferencia en la UAM, Nicaragua.

- **22 de septiembre de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Kai Ambos*: "Disertación sobre formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes internacionales". Moderadores: Profs. Dres. Javier A. de Luca* y Daniel Pastor. Organizada por el Grupo Nacional Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires, Argentina.

- **4-5 de octubre de 2016.** Con motivo del Seminario Internacional sobre "Personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, garantías e imputación", organizado por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la Univ. de Barcelona, así como por el Instituto de Investigación TransJus, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

  – Participación de la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon* como moderadora de la ponencia: "Principio de legalidad y personas jurídicas".

- Participación del Prof. Dr. David Carpio Briz* como moderador de la mesa "Las garantías de las personas jurídicas".
- Ponencias del Prof. Dr. Dr. h.c. Robles Planas* y del Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller* en la mesa "Revisión de la teoría del delito: contraposiciones", moderada por la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista*.
- Ponencia de la Prof. Dra. Dulce María Santana Vega*: "Penas y otras medidas imponibles a las personas jurídicas: la perspectiva desde el Derecho penal español". Moderador: Prof. Dr. Sergi Cardenal Motraveta*.

- **27-28 de octubre de 2016.** Ponencia del Prof. Daniel Eugenio Esquivel*: "La comprensión de los principios básicos del Derecho desde la inserción universitaria, en su relación con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). III Congreso Internacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, organizado por la Univ. de Buenos Aires. Argentina.

- **4 de noviembre de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez*: "Apuntes sobre los principios generales en el Proyecto de Ley de Nuevo Código Penal". XIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Organizado por la Univ. de San Pedro, Perú.

- **7-11 de noviembre de 2016.** Con motivo del Congreso Internacional "El papel de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva", organizado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, tuvieron lugar las siguientes participaciones de socios de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. Marina Sanz Díez De Ulzurrun Lluch*: "Justicia restaurativa y mediación".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Gema Varona Martínez*: "El papel de las víctimas respecto de los mecanismos utilizados en la justicia transicional".
  - Ponencia del Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona*: "El acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un posible reconocimiento y dignificación de las víctimas".

- **16 de noviembre de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann*: "Delitos de corrupción". X Congreso Internacional de Derecho Penal, sobre "Seguridad ciudadana y Delitos de corrupción". Organizado por la Pontificia Universidad Católica de Perú y la Asociación Civil THĒMIS. Auditorio de la Derrama Magisterial. Lima, Perú.

- **1-2 de diciembre de 2016.** Con motivo del Seminario internacional sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Universitat de València, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Conferencia del Prof. Dr. Paulo César Busato*: "Lo que no se dice del compliance".
- Conferencia del Prof. Dr. Luís Greco*: "Punición de personas jurídicas y principio de culpabilidad".

▪ **1-2 de diciembre de 2016**. Con motivo del I International Congress on Crime and Cyberspace: Challenges for the 21th Century, organizado por el centro CRÍMINA para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernandez de Elche, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

- Conferencia del Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras*.
- Participación del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares* en el panel "Panel: "Odio, violencia y radicalización en Internet".

▪ **4-15 de diciembre de 2016.** Con motivo del Congreso Internacional "Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho", organizado por por el Instituto de Criminología y Ciencias penales de la Universitat de València, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Ponencia de la Prof. Dra. Margarita Roig Torres*: "La peligrosidad como fundamento de la prisión permanente. Una visión del Derecho comparado".
- Ponencia de la Prof. Dra. Tàlia González Collantes*: "La actual política criminal a debate: ¿sirve realmente la prisión para reducir la reincidencia?".

(ii) Organización de congresos, seminarios y cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

▪ **Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE**

2 de diciembre de 2016. Conferencia del Prof. Dr. Iván Meini Méndez, Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: "Ley penal y legalidad penal en el Estado democrático".

14 de diciembre de 2016. Conferencia del Prof. Juan Carlos Álvarez Álvarez, Profesor de Derecho Penal de Universidad EAFIT (Medellín, Colombia): "El sistema carcelario en Colombia y el problema de la desigualdad social".

Eventos organizados por el Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Director: Prof. Dr. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo*. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León (León, España).

▪ **II Congreso Internacional de la FICP**

Sobre "**Problemas actuales de las ciencias penales**". **13 y 14 de marzo de**

2017. Facultad de Derecho de la Universidad Coledio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia). Organizado por la FICP y la Univ. de El Rosario y codirigido por los Profs. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente de Honor), Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* y Dr. Lombana Villalba* (Patronos).

El Congreso está destinado a los miembros de la FICP, por lo que para participar en el mismo es necesaria la previa asociación a la FICP y posterior inscripción. El programa será publicado próximamente en nuestra página web www.ficp.es en la sección de Próximos cursos.

b) Socios (con asterisco los socios)

- **Seminario Internacional sobre personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, garantías e imputación**

  4-5 de octubre de 2016. Organizado por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la Univ. de Barcelona, así como por el Instituto de Investigación TransJus. Director: Prof. Dr. Joan Josep Queralt*, Catedrático de Derecho Penal. Coordinadores: Prof. Dr. David Carpio Briz* y Prof. Carlos Castellví Monserrat. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Barcelona.

- **Jornadas Internacionales "Refugiados en los márgenes"**

  24-25 de noviembre de 2016. Organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Málaga. Directora: Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello*, Catedrática de Derecho Penal y Directora del Proyecto de investigación "Colectivos en los márgenes". Facutad de Derecho, Campus de Teatinos, Málaga, España.

- **Seminario internacional sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

  1-2 de diciembre de 2016. Organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Valencia. Director: Prof. Dr. José L. González Cussac*, Catedrátido de Derecho Penal de la Univ. de Valencia. Sala Tomàs Vives, Facultad de Derecho, Tarongers, Valencia, España.

- **I International Congress on Crime and Cyberspace: Challenges for the 21th Century**

  1-2 de diciembre de 2016. Organizado por el centro CRÍMINA para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernandez de Elche. Director: Prof. Dr. Fernando Miró Llinares*, Catedrático acred. de Derecho Penal, Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de ElcheDirector

del Centro Crímina de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Salón de Actos Edificio Quorum I, Elche, España.

- **Congreso Internacional "Peligrosidad Criminal y Estado de Derecho"**

  14-15 de diciembre de 2016. Organizado por el Instituto de Criminología y Ciencias penales de la Universitat de València. Comité organizador: Profs. Dres. Orts Berenguer, Carbonell Mateu*, Alonso Rimo, Roig Torres* y Correcher Mira. Salon de Grados de la Facultad de Derecho, Tarongers, Valencia, España.